N° 1

COLLEGII IVRISCONSVLTORVM IN ACADEMIA INGOLSTADIENSI

Consilia siue Responsa;

QVÆ

IN CAVSA SVCCESSIONIS, INTER DOMINVM JOANNEM ERNESTVM BARONEM DE SPRINZENSTEIN, IN NEVHAVS, VVARTENBERG, VVINDISCHBORAW, &c. CONIVGIS SVÆ NOMINE ACTOREM: ET DOMINVM MELCHIOREM de RECHENBERG in SCHLAVA, & ROTTENBVRG, &c. Reum conuentum, controuersa:

Variis temporibus dedit.

OSTENDITVR IIS COPIOSO ET ACCVRATO STYLO D.NVM BARONEM DE SPRINZENSTEIN, &c. tam in possessionis quàm proprietatis causa iure optimo niti, atque adeò victoriam sibi in vtroq; iudicio polliceri meritò posse.

Ad Conventu Monacense ord. Erem. S. Augni 1734

14 E



Anno Domini *M. DC. XIV.*

INGOLSTADII,
Ex Typographeo ANDREÆ ANGERMARII.

Bayerische Staatsbibliothek MÜNCHEN

EMBLEMA

Quod admiratione virtutis ſibi delegit

ILLVSTRIS ET GENEROSVS DOMINVS D.NVS JOANNES ERNESTVS LIB. BARO DE SPRINZENSTEIN,

IN NEVHAVS, DOMINVS IN VVARTENBERG, VVINDISCHBORAW, NEWSTATT, ET LINDAW, &c. SACRÆ CÆSAREÆ, AC per Hungariam, & Bohemiam Regiæ Maieſtatis Præfectus militaris; & Sereniſſimi Archiducis Auſtriæ, LEOPOLDI, Argentinenſis & Paſſauienſis Epiſcopi, &c. Camerarius.



EPIGRAMMATA.

I.

Liuor virtuti concede, ignauia forti:
Non lauro fulmen, nubila nulla nocent.
Tu ſol Chriſte mihi, tu nubila, fulmen & hoſtes
Frangis, ego inuictus laurea ſerta fero.

Fr. ANTHONIVS *Ordinis S. Franciſci de obſeruantia, Guard. Glogou. ad S. Staniſla.*

II.

VT soli cedunt nubes, sic fulmina lauro:
Tu sol Christe mihi, tu mihi laurus eris.

BIBLIOTHECA REGIA MONACENSIS.

IOANNES LANGIVS, SS. Theolog. D. & Can. Glogou.

SIue serenus eat, seu tempestatibus æther,
Ingruat; alta pari Laurus honore viret.
Sic generosa suo consistit robore VIRTVS,
Sorte gerens animum fortis vtraque parem.
Ac velut ex propriâ fronde implicat illa coronam
Ex sese æternum, sic parit ista decus.

IV.

ASpicis, vt piceas inter luctantia nubes
Fulmina colliso crebra fragore micent?
Iamque ruunt turres, & celsi fragmina montis;
Inde graui quercus plurima strage iacet.
Inconcussa tamen generoso vertice laurus
Exstat, & illæsas explicat alta comas.
Non aliter sæuæ violenta tonitrua sortis
Impauido VIRTVS pectore ferre solet.
Et velut inductâ cum Phœbus luce tenebras
Dispulit, hinc flammâ splendidiore nitet:
Sic eadem ex ipsis capit incrementa periclis.
Desidiæ species pax mera sæpè fuit.
Inde corona datur Lauro contexta perenni,
Et quam non quærit GLORIA sponte venit.

MATTHIAS POLENIVS IC. f.

COLLEGII JVRISCONSULTORVM IN ACADEMIA JNGOLSTADIENSI Consilia siue Responsa,

QVÆ IN CAVSA SVCCESSIONIS, INTER DOMINVM IOANNEM ERNESTVM, BARONEM DE SPRINZENSTEIN, IN NEVHAVS, WARTENBERG, WINDISCHBORAW, &c. Coniugis nomine Actorem; & Dominum MELCHIOREM de Rechenberg, in Sclaua, &c. Reum conuentum, controuersa: varijs temporibus dedit.

FACTI SPECIES CVM QVÆSTIONIBVS, QVÆ HISCE Responsis discutiuntur.

ES hat weyland Herr Hanns von Rechenberg/ Ritter vnd Freyherr / ein Ordnung vnd letsten Willen gemacht/ darin er seinen Töchtern ein gewisses verordnet/ die Güter aber sie sein Lehen oder Erbe/ hat er/ auffm fall er ohne Mannliche leibes Erben verstürbe/ seinem Brudern/ vnd etlichen seinen Vettern verschaffet/ ohne einige Reseruat, damit frey vnd eigenmechtig zuthun vnnd zulassen/ jhres Gefallens/ vnd hat den damalign Herrn Ambts Verweser ersuchet vnd gebetten/ Dieweil ein jeder/ vermög deß Landes Priuilegij, Statuten vnd Willkuhr/ mit den seinen gantz mechtig zuthun vnnd zulassen macht hat / solches sein Testament vnd Ordnunge Ambts halber zubestettigen / welches auch also in anno M. D. XXXVI. gebürender massen beschehen.

Folgendts hat darauff der auch weyland Herr Georg von Rechenberg / so von Herrn Hansen die Wartenbergische Güter auß obangezognen seinem Testament vberkommen gehabt / in gleichen eine Ordnung gemacht. Nachdeme es zu Recht verordnet/ vnd sonderlich nach dises Fürstenthumbs Priuilegien außgesatzt vnd gebraucht / daß jederman frey vnnd offen steht / seines Guts Ordnung zuthun / vñ daß seines Gefallens zuuermachen/ Als verlasset er alle seine Güter / wie er die in seinem Testament specificieret, theils seinem Sohn / weyland Herrn Melchiorn von Rechenberg/ theils seines vorhin verstorbenen Sohnes Georgen Sohn/ auch nun weyland Herrn Hansen von Rechenberg / jedoch mit disem deutlichen Reseruat vnd Bedinge daß keiner macht haben solle / seinen Antheil der Güter dem andern oder desselben rechten Leibes Lehens Erben zuentwenden / was aber einer oder ander mit seinen Weibe oder sonst/ außerhalb der Großvätterlichen Gaben bekommen hette oder wurde/ soll er damit zuthun vnnd zulassen macht haben / sonst sollen alle jhre Güter vnnd Bahrschafft von einem auff den andern/ oder jhre rechte Leibes Erben stammen vnd fallen.

Vnd verordnet/ darauff weiter/ wie nachfolgende Formalia lauten/ vnd da Melchior/

ohne Leibes Lehens Erben versturbe / vnd hernachmals Hans auch Todeshalben abgienge/vnd solche Güter an Hanses Leibes Lehns Erben gestammet vnd geerbet wurden / vnnd nun dieselbigen Hanses Leibes Lehens Erben/ eher sie wider Leibes Lehens Erben zeugeten/ auch versturben / sollen die Fälle der Güter/ an niemandts anders fallen vnd erben / dann an mein derer von Rehenberg Geschlechte/ so am nechsten darzu gesippet vnnd gefreundet sein / Sie seind Mannliches oder Weibliches Geschlechts.

Nun aber haben sich die Fälle also begeben/daß Melchior/als dises Testatoris Herren George von Rechenbergs auff Wartenberg/ instituirter Erbe vnnd Sohne/ ohne Mannliche Leibes Erben verstorben / vnnd zwo Töchter hinder jhme verlassen / darauff Hans von Rechenberg/ als der andere instituirte vnd substituirte Erbe sich der Güter vnderzogen / dieselbige Zeit seines Lebens innegehalten/genutzet/vnd gebraucht/auch auff seinen Sohn vnd Mannlichen Leibes Erben Hans Georgen von Rechenberg / nach seinem beschlossenen Munde / nebens seinem Antheil vnd andern seinen Güteren verstammet.

Diser Hans Georg von Rechenberg / ist durch Gottes Verhengnuß verwichner Zeit/ auch ohne andere Mannliche vnnd Weibliche Leibes Erben Todes verschiden/vnnd hat seine Eheleibliche Schwester/deß Wolgebornen Herrn / Herrn Hans Ernsten Freyherrn von Sprintzenstein/ ꝛc. Gemahlin Fraw Helenam geborne Rechenbergerin / nebens denen ansehenlichen Gütern hinder jhme verlassen/Er hat aber wenige Zeit vor seinem Absterben/vnd als er/auffm Siechbette gelegen eine Ordnung vnd Testament / villeicht auff anderer Leuth Anstifftung gemachet/zu wider der obangezognen Altvätterlichen Ordnung/ darauff er sich doch in seinem Testament referiret vnd gezeuget.

Darinnen er seiner hinderlassenen Wittiben ein Grosses Theil der Güter mit aller Bahrschafft eingenthumlichen verschaffet/ in den vbrigen setzet er zu einem Erben ein/ wie seine Formalia lauten / Innhalts dises Großglogischen Fürstenthumbs Priuilegij, So wol auch der Großvätterlichen Ordnung / die Eltisten vnnd nechsten Vättern/ mit dero Bedingung/daß die Güter von demselben / auff seinen eltesten Sohn/ vnd so fort an/vnnd wann die nimmer wehren/ auff die andern Söhne oder Nepotes seines instituirten Erben/in ebenmessiger Form stammen vnnd fallen sollen. Seiner Schwester aber/ als der nechsten Blutsfreundin/vnnd die sich zu jhme/ so wol dem Testatore Herrn Georgen von Rechenberg/aussem Geschlecht derer von Rechenberg/ vnder denen so noch am Leben/am nechsten Gesippet vnnd Gefreundet/ vnnd dero deßhalben außm Altvätterlichen Testament die Güter vnfehlbar zustehn / vermacht er allein 3000. Thaler.

Jedoch ist hiebey auch zuerinnern / als gleich dazumalen zwischen den Geschwistern/ als Herr Hans Georg von Rechenberg/seiner Schwester Helena / vnnd derer vorhin verstorbenen Schwester Erben Tagefahrt beraumet / zu Vergleichung vnnd Beraitunge zwischen jhnen entstehender differentien, darbey Herr von Sprintzenstein als seiner Gemahlin Frawen Helena ehelicher Vormundter von nöten geachtet / daß man daß Altvätterliche Testament haben solt / hat er an seinen Schwagern Hans Georgen von Rechenberg siben Tage vor seinem Ableiben geschriben/vnd das er jhme dessen gewisse vnd vidimirte copien zukommen lassen wolte/ gebetten / (zu derselben Zeit vnnd vngefehr acht Wochen zuuor/als neunte Tag Monats Decembris, anno M.DC.IX. er sein vermeintes Testament geschlossen gehabt:) darauff hat er jme so mündt- als schrifftlich durch seinen Diener zur Antwort erfolgen lassen/ daß er jhme gebettener massen zu gratificiren gantz willig wolte erfunden werden/hette aber solches Testament Zeit seines Lebens weder gesehen noch gelesen.

Als nun gemelter Herr Hans Georg von Rechenberg der letzte vnnd vermeinte Testator todtes verblichen/ist Freyherr von Sprintzenstein/damalen auff seinem/ jetzo dem strittigen Hauß Wartenberg gewesen/vnd sich in continenti, von wegen seiner Gemahlin deß Possess, weilen sie noch vacua gewesen / auß oberzelten vnd andern Vrsachen vnderzogen/ auch dessen daß Königliche Ambt berichtet/ne clandestina aut violenta putaretur hæc ipsius possessio, vnd vmb Schutz wider alle/ so was darwider tentiren wurden gebetten/ wie auch dessen jhme Ambts recognition ertheilet worden.

Nach

Nach gehaltenem Leichbegengnuß hat stracks deß andern Tags die Fraw Wittib vñ Herꝛ Melchior von Rechenberg auff Schlaua/als der angegebene eltest vnd nechste Vetter/ in Freyherꝛns von Sprintzenstein/vnnd seiner Gemahlin gegenwart/daß Testament absq; omni solemnitate,sine præsentia Iudicis siue Propręsidis,intra priuatos parietes auffm Hauß Wartenberg/ & sine omni recognitione sigillorũ publiciert, wie sich dann darinnen visibilia vitia, vnd Mängel/ als daß bey zweyen keine Betschafften/nur allein die Namen/ darnach ein Betschafft darbey kein Namen befunden/auch referiret sich die Beylage vnnd annectirte Codicill auff ein anders vnd vorgehendes/ so doch dasselbe darbey nit verhanden.

Darwider mehꝛ wolernanter Freyherꝛ von Sprintzenstein auff vnuerwendentẽ fuß protestiret,vñ sich seines Posseſs so jme auß vilen Vrsachen/beforderst auß dem Altvätterlichen Testament zustunde/angegebẽ/ auch eben deß Tags andertwehrt bey dem Königl.ꝛc. Ambt Protestation eingelegt/vñ wider alle Attentaten Ambtsschutz gesucht/vnd zum ordentlichen Außspruch sich referiret.

Herꝛ Melchior von Rechenberg hat darauff listiger weise auff zehẽ Tag deliberation gebetten/nit daß er dessen bedörfft/als der zuuorhin in allen Consiliis gestecket/vnnd dem daß gantze Wesen wol bekandt gewesen/ sondern das er zu seinem Vortheil jhme den von Sprintzenstein ein Raum ablieffe. Dann er bald darauff mit der Wittibn accordiret, vnd bey dem Königl. Ambt vmb Immission so münd/als schrifftlichen angehalten vnd erhalten/alles sein/ Herꝛn von Sprintzenstein vnerfordert vnd vngehört/wie auß seinem gethanen Suppliciern/vnd deß Königl. Ambtsverwesers verschaffunge an die Hofgerichte zu Grunberg mit mehreren zuersehen ist.

Als nun Freyherꝛ von Sprintzenstein vermeinet/das Gegentheil noch in deliberatione wäre/ist er mit den gerugten Hofgerichten zugeplatzet/hat von den Leuthen nach Anweisung der Hofgericht die Pflicht genommen/ vnd sich also als ein wahrer vnd rechter Erbe vnd Herꝛ der Güter bezeuget/vnd vngeachtet Freyherꝛ von Sprintzenstein in Namen seiner Gemahlin höchlich darwider protestieret, sein guthabendes Recht auß dem Altvätterlichen Testament in continenti producieret vnd probieret, vnd ob er wol eintzig vmb dilation, oder Auffschub der Anweisunge der Leuth mit Pflichten vnd Handschlag nur biß auff den andern Tag embsig gebetten/biß das Königl. Ambt dessen berichtet wurde/ haben sich doch die mehꝛgerugten Hofgericht so parteylich erzeigt/ dem von Rechenberg fauorisiert,sein Freyherꝛn von Sprintzenstein billichen vnd rechtmessigen petito gar nit deferiret, vnnd die Huldigung der Vnderthanen quo Iure quaue iniuria fortgestellet/ welches alles er dem Königlichen Ambt/ also referiret, vnd vmb gebürliches Einsehen vnd Schutz gebetten.

Hierauff wirdt nun zu Recht gefragt:

QVÆSTIO I.

Erstlich/ob Herꝛn Hans Georgen von Rechenbergs Testament dero beschaffenheit/daß Vi & Virtute illius Herꝛn Melchior von Rechenberg/ ohn ein/oder Widerꝛede/ die Immission beschehen sollen vnd müssen/vnd er ferner darin zu manuteniern: Oder aber ob jhme dem Herꝛn Hans Georgen von Rechenberg so vil die Altvätterlichen Güter anreichet/ auß dessen Herꝛn Georgen võ Rechenbergs Verordnung nit vil mehr die Testamentifaction benommen gewesen/Et per consequens,weilen solches Herꝛn Georgens Testament in originali bald zu producieren, Ob nit deß Freyherꝛn von Sprintzenstein Gemahlin/ als der nechste Verwanten auß dem Geschlecht dern von Rechenberg/die Posseſs zu zuerkennen/ vnnd ob sie solchen zu apprehendiern nit befügt gewesen/ vnd ferners darin zuschutzen vnd manuteniern sey?

QVÆSTIO II.

Fürs ander/wann es zum Petitorio kommen solt / ob ermeltes Freyherꝛn von Sprintzẽstein Gemahlin auß dem Altvätterlichen Testament / als die auß dem Geschlecht derer von Rechenberg am nechsten zu dem Testatore gesippet/ Victoriam zuhoffen habe/vnd ob etwas von denen Gütern so der Altuatter in seinem Testament specificieret zu defalcieren sey/ daß etwas hieruon dem hæredi scripto in testamento Ioannis Georgij respectiue müsse gefolget oder gelassen werden.

RESPONSVM PRIMVM.

SVMMARIA.

1. *Non est necessum vt heres ipso suo nomine instituatur, sufficit si cum demonstratione certa id fiat.*
2. *Heres producens testamentum visibili vitio non vitiatum mittendus est in possessionem: aliàs non item, vt num. 13.*
3. *Vt fideicommissarius sit legitimus contradictor, duo requiruntur, vt possideat sine vitio, & vt incontinenti de iure suo docere paratus sit, latius num. 25.*
4. *Qui iure familiaritatis amici fundum ingreditur non possidet, sed est in possessione duntaxat.*
5. *Causam possessionis sibi nemo mutare potest.*
6. *Fideicommissum propria authoritate capi non potest, sed ab herede directo restitui debet vel re, vel verbis, fallit vt num. 7. & 8.*
9. *Verba,* Sollen die Güter fallen vnnd Erben */ sunt verba communia tam directū quàm obliquum sensum habentia, & num. 55.*
10. *Si heres scriptus habet ius detrahendi trebellianicam, fideicommissarius quantumuis possideat legitimus contradictor non est, vt & is qui non habet titulum similem titulo heredis, num. 11. declaratur, num. 34.*
12. *Iustè possidet qui authore prætore possidet.*
14. *Si vel vnus ex testibus non signauit, ruit testamentum.*
15. *Forma subscriptionis testium est expressa in l. penult. ff. qui. test. fac. poss.*
16. *Abundans numerus testium adhibitus testamento vt nō prodest, ita omissus non nocet.*
17. *Vt quis rectè testetur præter voluntatem potestas & modus concurrat necesse est.*
18. *Princeps confirmans actum aliquem supplet defectum solemnitatis, formæ & personæ, declaratur num. 19.*
20. *Actus agentium vltra intentionem eorum non extendendi.*
21. *Testamentum quod non valet vt scriptum, valere nonnunquam potest vt nuncupatiuum, item in vim codicillorum. numer. 22.*
23. *Remedium l. vlt. C. de edict. D. Hadr. toll. trahitur etiam ad testamenta nuncupatiua & codicillos.*
24. *Legitimus contradictor excludit modo dictum remedium.*
26. *An quis ius suum in continenti probare possit, versatur in arbitrio iudicis.*
27. *Ad adquirendam possessionem requiritur corpus & animus.*
28. *Ex superuenientia noua causæ possessionis causam sibi quis mutare potest.*
29. *Ex æquitate Canonica, transit fideicommissum absque reali aut verbali restitutione directi heredis, præsertim si heres directus nullam habet detractionem, & defectus in proprietate clarus, num. 30.*
31. *Dolo facit qui petit id quod statim restituere debet.*
32. *Fideicommissarius tum demum cum vitio quod ipsum à iure legitimi contradictoris excludit, possidet, si ingressus est possessionem ab herede præoccupatam.*
33. *Quando hereditas ad primum fideicommissarium deuenit vlteriores fideicommissarij restitutione opus non habent.*
35. *Decretum immissionis reuocandū est, quando fit legitimo contradictore non citato & audito.*
36. *Et ingrediens vigore talis decreti possessionem, dicitur priorē possessorem turbare.*
37. *Sententia lata in possessorio non parit exceptionem rei iudicatæ in petitorio.*
38. *Alienationis verbo etiam illa plerunque venit quæ fit per vltimas voluntates.*
39. *Iuri publico priuatorum pactis derogari non potest, & iniquum est vni per alterum deteriorem conditionem inferri. num. 40. declaratur num. 56.*
41. *Vbi verba fideicommissi desunt non potest ex sola voluntatis coniectura illud induci.*
42. *Natis semel liberis non censetur fideicommissum*

missum in vlteriorem gradum repetitum, declaratur num. 65.

43. Sufficit conditionem semel impleri, nec attenditur, quid postea eueniat.

44. Alienationis prohibitio quando simpliciter est facta, an & heredis institutio prohibita intelligatur. & num. 68.

45. Quæ sit vis clausulæ Codicillaris.

46. Grauatus fideicommisso Trebellianicam detrahere potest.

47. Causa testati præcedit caussam intestati.

48. Posterior voluntas derogat priori, declaratur num. 74.

49. Testādi facultas omnibus est permissa quibus speciatim interdicta non reperitur.

50. Qui testari potest is & fideicommittere potest. num. 57.

51. Bona fideicommisso subiecta alienari nequeunt, nec actu inter viuos nec per vltimam voluntatem. num. 52.

53. Grauatus fideicommisso, etsi vocatum suo testamento instituit, succedit tamen vocatus ex testamento grauantis, non grauati.

54. Pro quo stat regula, is intentionem fundatam habet.

58. Statuta ita accipienda sunt, vt quàm minimè iuri communi derogent.

59. Consuetudo optima legum & statutorum interpres.

60. Actus si duobus modis agi potuit, in dubio creditur eo modo actum, quo est vtilius.

61. Nemo eligit illud testandi genus per quod iudicia ipsius impugnarentur.

62. In fauorem alicuius inductum non debet in eius odium retorqueri.

63. Fauori pro se inducto renunciare quis potest.

64. Omne verbum significans testatoris legitimum sensum, legare vel fideicommittere volentis, vtile atque validum est.

66. In expressis non opus coniectura.

67. Alienationis prohibitio est duplex. Expressa & Tacita.

69. Heres non tenetur fideicommissario restituere fideicommissa ab antecessoribus relicta.

70. In Trebellianicam imputantur ea duntaxat, quæ quis iudicio testatoris consequitur.

71. Fideicōmissum, etiam graduale, vnius tantum quartæ deductionem patitur.

72. Fructus in quartam Trebellianicam imputantur, & quot annis percipi debeant, donec quartam absorbeant. num. 73.

Quæstio I.

AGGREDIENDO primæ dubitationis resolutionem, in qua de possessione quorundam bonorum fideicommissi onere grauatorum, inter Illustrem Dominum Ioannem Ernestum Baronem de Sprinzenstein, Curatorem Coniugis suæ Helenæ, ex vna, & Strenuum Dominum Melchiorem de Rechenberg, ex altera, partibus, contentio orta est: videbatur primo aspectu respondendum, iam dictum Dominum Melchiorem in possessorio fundatum esse. Constat namque ex testamento Ioannis Georgij de Rechenberg nuper defuncti, quod Melchior iste hæres institutus sit, si non ipso nomine, saltem circumscriptiuè, & cum tali demonstratione, vt dubitari nequeat, quin de ipso vtpote proximo
1 agnato testator senserit; quæ demonstratio tam ad institutionem, quam ad exhæredationem, aliosque actus, in vltimis voluntatibus fieri consuetos, sufficit, *l. 2. & 3. ff. de lib. & postum. l. quoniam indignum, C. de testam. l. si quis filium C. de lib. præterit. cum similib.*
2 At verò iure ita sancitum legimus, quod heres institutus competenti iudici testamentum ostendens non abolitum, non cancellatum, nec alio vitio visibili viciatum, mittendus fit in possessionem earum rerum, quæ testatoris mortis tempore fuerunt, *l. vlt. C. de edict. D. Hadrian. toll.* meritò igitur Dominus Melchior de Rechenberg, quando allegatum testamentum apud iudicem competentem produxit, in possessionem, vt scriptus hæres, missus fuit, inque ea defendendus est, donec alius in petitorio iudicio ipsum plenis probationibus vincat, adeoque possessionem legitimè euincat.

Atque huic æquissimæ sanctioni, quæ ad hoc inducta est, vt testatorum voluntates quam celerrimè finem suum consequantur, refragari non videtur, quod curatorio nomine intendit Dominus Baro de Sprinzenstein, ratione allegati fideicommissi ex testamento proauito; quoniam

3 niam vt fideicommissarius sit legitimus contradictor ad impediendam missionem hæredis in possessionem, necesse est, quod possideat, & sine vitio possideat, & in continenti paratus sit, docere de iuribus suis, *est doctrina Anton. Gabriel. comm. concl. lib. 4. Tit. de fideicom. concl. 5. Nic. Boër. decis. 156. Iacob. Menoch. remed. 4. de adipisc. poss. q. 70.* sed vt omittamus, an Dominus de Sprinzenstein de iure Coniugis suæ in continenti docere possit, deficit sanè in ipso alterum principale requisitum, quod est in possidendo; quamuis enim venerit in possessionem, viuente adhuc Ioanne Georgio de Rechenberg, eodemque testatore, id tamen factum est, non possidendi animo, sed iure familiaritatis, visitandi testatorem, & transigendi de quibusdam cum eo habitis controuersiis; aliud autem est possidere, aliud in possessione esse, *l. si quis ante §. 1. ff. de adquir. vel omit. poss.* & possessio aliter adquiri non potest, nisi animi & corporis ministerio. *l. quemadmodum. eod.* quorum neutrum adfuit; non animus, cum non venerit ad testatorem Baro de Sprinzenstein animo sibi habendi illius dominia, sed ipsum visitandi: non etiam corpus, quia possessio non erat vacans, & contra naturam est, vt duo in solidum eandem rem possideant. *l. possideri. §. ex contrario, eod de adquir. poss. & in terminis, l. qui iure, eodem titul.* iure fami-
4 liaritatis, ait Paul. amici fundum ingreditur, non videtur possidere, quia non eo animo ingressus est, vt possideat, licet corpore in fundo sit.

Quod si obiicias, verum quidem esse, quod Dominus Baro non fuerit possessor, dum testator in viuis adhuc erat, sed quod apprehenderit possessionem, postquam per mortem testatoris vacua esse cœpit, respondent aduersarij, ex iuris re-
5 gula, causam possessionis sibi neminem mutare posse, *text. in l. possideri. §. illud quoque. ff. de adquir. vel amitt. poss. l. male agitur, & l. cum notissimi, §. immò & illud. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* vbi qui conductor est, & sic sibi non possidet, causam sibi mutare non potest, & sibi possidendo dominium præscriptione acquirere: ita prorsus in proposito Dominus Baro, qui ab initio ad testatorem venit, nihil minus quàm possessionem, sed ius familiaritatis duntaxat cogitans, non potuit ius illud familiaritatis in causam possessionis commutare.

Jmmò dato, citra præiudicium iam dictorum, Dominum Baronem attentasse apprehensionem possessionis mortuo testatore, adeoque facto ipso apprehendisse, dici tamen potest, quod hæc possessio sit vitiosa, & sic non sufficiens, ad hoc, vt pro legitimo contradictore Dominus Baro haberi debeat. Nam, vt paulò ante commemorauimus, ille demum fideicommissarius contradictor legitimus est, qui possidet, & quidem sine vitio, *vti disertè tradunt Boër. Gabr. & Menoch. locis sup. allegatis.* Quod autem possessio hæc sit vi-
6 tiosa, inde apparet, quod fideicommissum regulariter capi propria auctoritate non possit, sed necessarium sit, vt ab hærede directo post aditam hæreditatem restituatur, vel verbis, vel re ipsa, *l. restituta & l. facta. ff. ad Trebel. latè Mich. Grass. recept. sent. vol. 1. §. fideicommissum. quæst. 43. num. 1.* Quoniam igitur Dominus Baro possessionem apprehendit per se & sua auctoritate, non expectata aditione, & multo minus restitutione directi hæredis, consequens est, quod possessio sit vitiosa, & quod Dominus Baro pro legitimo contradictore habendus non sit, *ita DD. communiter, teste Dec. in d l. fin. n. 25. C de Edict. D. Hadr. toll. pro vt ipsum citat Anton. Gabr. d. tit. de fideicom. concl. 5. num. 6.*

Et quamuis certis iisque specialibus casibus permissum sit fideicommissario, propria auctoritate rerum fideicommisso subiectarum possessionem apprehen-
7 dere: vt si hanc potestatem à testatore ac-
8 cepit, *Grass. post alios d. §. fideicommissum. q. 43. num. 6.* vel aliàs ipso iure & absque restitutione fideicommissum transit, prout sunt casus *in l. sancimus. §. cum autem. C. ad Trebell.* videtur tamen quod in casu isto, de quo nos agimus, non versamur in fideicommissario talis qualitatis. Nam quod dicitur, ex verbis in testamento proauito appositis, ibi: Sollen die Güter auff niemand anders fallen vnd erben / ꝛc. resultare licentiam, purificata substitutione, capiendi bona auctoritate propria, propterea quod sint verba directa & ciuilia, quæ important

portant quod substitutus non capiat aliena manu sed propria, *vt per Alciat. in consil. 43. ante fin. vers. quarto principaliter. vol. 5.*
9 minimè iure admitti potest, quia hæc verba, vt dispositio sustineatur, potius pro verbis communibus sunt habenda, vt sit iste intellectus, si non adeatur hæreditas per primum hæredem in testamento proauito nominatum, tunc secundus iure directo illam capiat: Si verò adita hæreditas fuerit, prout in casu nostro, sequentes per obliquum, seu per fideicommissum capiant, eo quod aditione hæreditatis directæ substitutiones puberibus factæ expirent. *l. post aditam. C. de impub. & aliis subst.* His consequens est, quod debeamus manere cum regula, quæ vult fideicommissum de manu hæredis & non propria auctoritate à fideicommissario capiendum esse, *per tradita. apud Dec. & alios in l. 1. ff. de reg. iur.*

Imò, vt in fortioribus terminis loquamur, dabimus & hoc, quod Dominus Baro de licentia testatoris, vel aliàs iustè ingressus fuerit possessionem fideicommissi, & sic iustus possessor sit, adhuc tamen le-
10 gitimus contradictor non erit, si hæres scriptus (prout futurum in præsenti casu prorsus probabile est) petit possessionem fideicommissi restitui ad hoc, vt quartam Trebellianicam detrahat, *ita Castr. in d. l. fin. num. 13. Alex. num. 24. & alij, C. de Edict. D. Hadr. toll. Boër. d. decis. 156. num. 2. & 5. & est sententia communis, teste Iacob. Menoch. d. remed. 4. de adipiscend. possess. nu. 638.* Præterea Dominus Baro non allegat titulum similem titulo Melchioris de Rechenberg, hic namque se hæredem dicit, ille fideicommissarium, & quidem ex alio testa-
11 mento. Est autem recepta apud DD. sententia, quod propter talem allegationem aliquis pro legitimo contradictore non sit habendus, eo quod non excludat ius hæredis agentis. Nec enim ex hoc fit, quin testator de ea possessione, quam mortis tempore obtinebat, disponere potuerit, & per consequens, quin hæres eam possessionem consequi debeat, *ita docet post plurimos Menoch. d. remed. 4. nu. 598.*

Denique decreto Iudicis (quem allatæ rationes vel etiam aliæ mouere potuerunt) Dominus Melchior de Rechenberg in possessionem missus est, & à subditis fidelitatem accepit, ergo hic possidet,
12 & quidem iustè, auctoritate Prætoria. *l. iustè possidet. ff. de adquir. vel amit. poss.* & non Dominus Baro de Sprintzenstein, cum, vt iam antea diximus, duo possidere rem vnam in solidum nequeant. *d. l. possideri. §. ex contrario. ff. eod.* nisi fortè, vt ibidem ex Trebatij sententia recenset Paulus Iuris Consultus, vnus iustè, alter iniustè. Quin autem iusta possessio Domini de Rechenberg alteri iniustæ præferenda sit, nemo facilè dubitabit. Et hæc pro fundanda intentione hæredis scripti in testamento Joannnis Georgij de Rechenberg nuper demortui.

Cæterum re diligenter & accuratè considerata, in eam deuenimus sententiam, quod Dominus Baro de Sprintzenstein, curator Coniugis suæ, in hac possessoria quæstione longè meliori iure nitatur, quàm hæres scriptus.

Mouemur autem duobus fundamentis: Et primò quidem, quod non tantùm *in sæpedicta l. final. C. de Edict. D. Hadr. toll.* expresè sit decisum, verùm etiam vtriusque Iuris scholæ DD. sensu & consensu receptum, illum hæredem beneficio constitutionis iam dictæ gaudere non posse,
13 qui producit testamentum visibili vitio laborans. Ita namq; textus: Si quis ex asse vel ex parte institutus competenti iudici testamentum ostenderit, non cancellatum, neque abolitum, neque ex quacunque suæ formæ parte vitiatum, sed quod in prima figura sine omni vituperatione appareat, & depositionibus testium legitimi numeri vallatum sit, mittatur in possessionem, &c. ita etiam omnium sententia *apud Iacob Menoch. d. remed. 4. q. 54.* Iam verò testamentum à Domino Melchiore de Rechenberg scripto hærede productum laborat visibili vitio, quod duo testes, Alexander von Stosch / & Ioannes Weidner sigilla subscriptioni non apposuerint; esse autem sigillationem de forma scripti testamenti iuris apertissimi est. *l. hac consultissima. C. de testam. §. sed cum pau-*
14 *latim. inst. eodem.* adeò, vt si vel vnus de septem testibus suo vel alieno annulo non signauerit, iure deficiat testamentum. *l. si vnus. C. eod. de testam.* Laborat & altero visibili vitio circa subscriptionem, quia

omnes septem testes simpliciter adscripserunt nomen suum, non apponendo, cuiusnam testamentum subscripserint, aut subsignauerint, id quod expressè est
15 cōtra *l. pen. ff. de his qui test. fac. poss.* cuius hęc sunt verba: singulos testes, qui in testamēto adhibentur, proprio chirographo annotare conuenit, Quis & Cuius testamentum subsignauerint, vbi *Glos. Bartol. & alij Interpp.* magno consensu tradunt, formam testamenti subscribendi iis verbis contineri. At, vt iam diximus, hanc formam nullus omnino testis obseruauit. Ergo testamentum hoc in forma & solemnitate sua non vnum, sed plura vitia continet, & quidem talia, quæ sub aspectum cuiusque cadunt, & per consecutionem, hoc testamentum non meretur, vt vigore ipsius scriptus hæres possessionem nanciscatur. Et quoniam vigore huius fundamenti res recidit ad causam intestati, *arg. tit. Inst. in princ. ibi, aut non iure fecit, de hæred. quæ ab intest. defer.* Domina autem Coniunx Baronis de Sprintzenstein, vtpote soror, hæres ab intestato sit, *auth. cessante. C. de legit. hæred.* consequitur vlterius, quod ipsa intentionem suam fundatam habeat, non tantùm quoad bona fideicommisso proauito subiecta, verùm etiam quoad illa, quæ ipse testator Joannes Georgius idemque frater, vt libera post se reliquit: poteritq; eorum possessionem (si non antea habet) nancisci, non ex *l. vlt. C. de Edict. D. Hadr. toll.* sed interdicto Quorum bonorum. *Tit. ff. & C. quor. bonor.* Adfertur quidem in actis etiam aliud vitium, quod in illo ipso testamento sit sigillatio sine subscriptione, sed quod nos pro vitio non habeamus, inde fit, quod videamus septem testium subscriptionem, satisfactum ergo esset solemnitati iuris, cæteris paribus, quoad subscriptionem, tametsi octauus ille, qui sigillum duntaxat apposuit, se non
16 subscripsisset; abundans namque testium numerus testamento adhibitus, vt non prodest, ita omissus non nocet, *per ea quæ in simili adfert Did. Couar. in rubr. de testam. p. 2. nu. 1. & seq.*

Ad rationem iam allatam & explicatam ex parte aduersa respondetur, fatendo testamentum productum visibili vitio non carere; hoc tamen vitium suppletum esse, adeoq; sublatum per insinuationem & subsecutam confirmationem iudicialem, bey deß Fürstenthumb Großenglogaw Herrn Verweser/ Verum non rectè: Nam confirmatio hæc nihil operatur circa solemnitatem testamenti, sed tantùm circa potestatem ipsius testantis, quia, vt ex actis discimus, ex priuilegio nobilitatis in Ducatu Glogouiensi testari quidem de omnibus bonis tam allodiis quàm feudis liberrimè nobiles possunt, nō tamen aliter nisi cum scientia & confirmatione locum tenentis illius Ducatus deß Herrn Verwesers. Vnde permissus & confirmatio huius iudicis in eum duntaxat finem requiritur, & hunc effectum habet, vt possit quis
17 testari: quoniam autem ad testamenti factionem præter potestatem, etiam modus testandi seu solemnitas adsit necesse est, certè quilibet testator potestatem liberam & iuxta statutum Ducatus iudicialiter ratificatam habens, curare debet, vt iustè testetur, Nam, *vt eleganter Gaius ait*, si quæramus an valeat testamentum, inprimis animaduertere debemus, an qui fecerit testamentum, habuerit testamenti factionem: Deinde, si habuerit, requiremus, an secundum regulas iuris ciuilis testatus sit. *l. si quæramus. ff. qui testam. fac. poss.*

18 Item licet nonnulli scribant, quod Princeps confirmans actum aliquem, suppleat defectum solemnitatis, formæ, & personæ. *Bald. in l. nominationes. num. 2. C. de Appell. Ias. in l. more maiorum. nu. 4. ff. de iurisd. Andr. Gail. obs. Pract. libr. 2. obs. 1. nu. 12.*
19 declarant tamen hanc suam doctrinam, quod tum demum procedat, quando de mente & voluntate Principis & certa eius scientia constat, hoc est, quando sciebat actum esse nullum & informem, ob defectum solemnitatis; tunc enim confirmatio Principis volentis id facere, formam à iure ciuili inductam supplet, *ita latè Andr. Gail. d. obs. 1. num. 17.* In proposito autem, vt taceamus, iudicem, qui confirmauit testamentum, supremum Principem non esse, de quo tamen hæc doctrina intelligitur, non apparet etiam ex confirmatione, quod sciuerit defectum in forma sigillationis & subscriptionis, & quod voluerit hos defectus supplere, immò non obscurè supponit hanc solemnitatem in illis ver-

bis

bis wie er denſelben(puta vltimam ſuam vo-
luntatem) vollzogen/ ſo wol durch ſieben
Zeugen/ vnd ſeyn deßgleichen mit jhrem an-
gebornen Petſchafft bekräfftiget/ꝛc. Ecce,ex
his verbis manifeſtè apparet, quod iudex
confirmans ſuppoſuerit ſolemnitatem ſi-
gillationis & ſubſcriptionis, & ſic in ani-
mo non habuerit, quod eam velit per
ſuam confirmationem ſupplere, vnde
nec nos eam ad talem ſuppletionem tra-
here per capillos debemus, ne actum a-
20 gentis vltra ipſius intentionem extenda-
mus, *contra text. in vulg. l. non omnis. ff. de
reb. cred. in l. quoties. in pr. ff. de hæred. inſtit.
in l. multum intereſt. C. ſi quis alt. vel ſibi, &c.
& in l. ſiue emancipatis. C. de donat.*

Poteſt & alia dari inſtantia ad ratio-
nem iam allatam de vitioſo teſtamento,
tametſi enim Iannis Georgij de Rechen-
berg teſtamentum ob vitioſam ſubſcri-
ptionem & ſigillationem non valeat, vt
ſcriptum teſtamentum, valebit tamen vt
21 teſtamentum nuncupatiuum. *arg. text. in
l. 3. ff. de teſtam. militis. & ſenſit Franciſc. Man-
tic. de coniect. vlt. volunt. lib. 1. tit. 7. num. 6.*
22 ſuſtinebitur etiam in vim Codicillorum,
propter clauſulam Codicillarem ei appo-
ſitam, *l. vlt. §. 1. C. de Codicill. cum ſimilibus.*

Iam verò & ſi fortè deficiant verba. *l.
vlt. C. de Edict. D. Hadr. toll.* & vigore illo-
rum non videatur poſſe decerni immiſſio
in bona ex teſtamento nuncupatiuo aut
23 Codicillis; vſus tamen & interpretatio eo-
rum, qui de iure reſponderunt, dictam le-
gem etiam ad has voluntates porrexit.
*Menoch. d. remed. 4. de adipiſc. poſſ. num. 91.
& num. 192.* Verum reſpondemus, licet te-
ſtamentum in ſcriptis interdum ob ſole-
mnitates omiſſas ſuſtineatur, vt nuncupa-
tiuum, ſi ſcilicet nuncupatiui teſtamenti
requiſita habeat, puta ſeptem teſtes & ip-
ſam nuncupationem. *§. vlt. I. de teſta. ord.*
Vtrum tamen hoc paſſim locum habeat,
item vtrum noſtro caſu fuerit nuncupata
voluntas, longæ indaginis & probationis
eſt; vnde talis diſputatio ad petitorium
pertinet, & ſufficit in poſſeſſorio monſtra-
re viſibile vitium; nam ſi aliter dicere-
mus, facilè eluderetur diſpoſitio. *d. l. vlt.
C. de Edict. D. Hadr. toll.* cum quiuis huiuſ-
modi emplaſtrum teſtamento à ſe produ-
cto quærere poſſit; ſic propter clauſulam
Codicillarem ſcriptus hæres eſſet tantum-
modo fideicommiſſarius. *d. l. vlt. §. 1. C. de
Codicill.* Domina autem de Sprintzenſtein
hæres ab inteſtato. *auth. ceſſante. C. de legit.
hæred.* cui longe maiori ratione deberetur
poſſeſſio, propter multas detractiones, de
quibus in actis, ſub lit. E. præſertim ipſius
fideicommiſſi proauiti, quoties enim hæ-
res detractiones aliquas habet, tunc fidei-
commiſſario etiam poſſidēti eripitur poſ-
ſeſſio. *Menoch. d. rem. 4. num. 638.* multo er-
go magis denegari deberet decretum de
immittendo.

Secundum principale argumentum,
cui noſtra concluſio innititur, eſt, poſito,
citra veri noxam, teſtamentum à ſcripto
hærede productum, carere omni viſibili
vitio, nihilominus tamen immiſſionem
in poſſeſſionem hæres ſcriptus ſperare nō
poteſt. Nam producens pro ſe teſtamen-
tum non vitiatum, mittitur quidem regu-
lariter in poſſeſſionem; ſed hæc regula of-
ficium ſuum perdit, limitationemq́; pati-
24 tur, quotieſcunque interuenit legitimus
contradictor. *d. l. fin. C. de Edict. D. Hadr.
toll. ibi*: ſin aliquis contradictor extiterit,
tunc in iudicio competenti cauſæ in poſ-
ſeſſionem miſſionis, & ſubſecutæ contra-
dictionis ventilētur, & ei poſſeſſio adqui-
ratur, qui potiora ex legitimis modis iura
oſtenderit, ſiue qui miſſus eſt, ſiue qui an-
tea detinens contradicendum putauit.
Quoniam igitur Dominus Baro de Sprin-
zenſtein, curator Coniugis ſuæ pro legiti-
mo contradictore meritò habetur, conſe-
quitur Dn̄m Melchiorē de Rechēberg, vt-
pote ſcriptum hęredem immitti in poſſeſ-
ſionem non poſſe, ſed potius Dominum
contradictorem in ea defendendum.

Quod autem Dominus Baro ſit legi-
timus contradictor, apparet ex doctrina
ſuperius allata; omnem eum fideicom-
miſſarium legitimum contradictorem eſ-
ſe, qui ius ſuum in continenti probare po-
teſt, & ſine vitio poſſidet, *ita præter citat.*
25 *DD. Bart. & alij in l. filiam fratribus. ff. ad Tre-
bell. idem Bart. in ſæped. l. fin. n. 22. C. de Edict.
D. Hadr. toll. pract. Papien. in forma libelli, quo
petitur hæreditas ex teſtamento. in gloſſ. iniuſtè.
in fin. And. Tiraquel. tract. le mort ſaiſit le viſ.
part. 2. declarat. 11. nu. 4. Roland. à Valle. con-
ſil. 1. nu. 71. vol. 1. Auguſt. Beroi. conſil. 29. in fin.*

vol.

vol. 2. nouissimè Anton. Faber Sabaudus in C. suo lib. 6. tit. 13. defin. 2. vbi ait: si fideicommissarius in possessione sine vitio reperiatur, ac de iure suo in promptu docere paratus sit, non est possessione sua priuandus, vt eam postmodum de manu hęredis recipiat: quin immò pro legitimo contradictore hoc casu haberi debet, si contra eum hæres in possessionem rerum fideicommissariarum mitti velit, siue ex testamento, siue ab intestato. Hactenus Faber.

At, quod vtrumque requisitum de facili probatione, & non vitiosa possessione in præsenti casu quoad Dominum Baronem concurrant, facilè suaderi potest.
26 Quod enim primum attinet, licet in arbitrio iudicantis sit decernere, an quis ius suum in continenti probare valeat, ad effectum impediendi missionē hæredi concessam ex edicto. *D. Hadr. prout præclarè docet Iacob. Menoch. de arbitr. iud. lib. 2. cas. 12.* tamen si & nobis arbitrari licet, vt cuiuis bono viro licet, non putamus, magnæ aut altæ indaginis esse, ius fideicommissi Domino Baroni, ratione Coniugis suæ, competens. Jn promptu namq; est testamentum proauitum, & quidem validum & iustum, vel ipso Domino Melchiore de Rechenberg, eodemque scripto hærede id confitente; deinde verba testamenti sunt clarissima, vt mortuo Ioanne de Rechenberg hærede, sine hæredibus masculis, hæreditas ad proximos de familia deuoluatur, siue masculi sint, siue fœminæ; Ita namque sonant verba: **Vnd nun dieselbigen Hansen Leibes Lehnserben** (fuit Ioannes Georgius testator nuper defunctus) **ehe sie wider Leibes Lehnserben zeugten / auch verstürben** (hic casus iam contigit) **sollen die Fälle der Güter an niemand anders fallen / vnd erben / dann an mein / der von Rechenberg Geschlechte / so am nechsten darzu gesippet / vnd gefreundet seyn / sie seyn Männliches oder Weiblichs Geschlechts.** Non autem proximior est persona de familia sæpe memorata, quam soror Helena defuncti Ioannis Georgij, eademq; Coniunx Domini Baronis de Sprinzenstein.

Quod verò Dominus Baro curatorio nomine possideat, ab enumeratione partium substantialium, qui ad adquisitionem possessionis requiruntur, probatur, quæ probatio in iure concludens est, *l. patre furioso, & ibi docent Interpp. ff. de his qui*
27 *sunt sui vel alieni iuris.* Ad possessionem namque duo concurrant necesse est: corpus siue insistentia rei, & animus siue intentio sibi habendi. *l. possideri. §. 1. & §. in amittenda, l. quemadmod. ff. de adquir. vel omit. possess. l. licet possessio. C. eod.* Corporalis autem insistentia nobis ex actis innotuit, quibus habetur, quod Dominus Baro aliquot septimanis ante decretum, de immittendo hæredem scriptum, commoratus fuerit in bonis controuersis; animum verò satis superq; declarauit idem Dominus Baro in literis ad iudicem scriptis, nobisq; exhibitis sub lit. E. quem possidendi animum iudex ad acta sumpsit & confirmauit.

Sed quoniam in rationibus dubitandi multa contra istam possessionem obiecta sunt, necesse est, vt pro firmanda secunda hac nostra decidendi ratione ordine diluantur.

Quando dicitur Dominum Baronem iure familiaritatis ad amicum, testatorem scilicet, venisse, ius autem familiaritatis possessionem non tribuere. *d. l. qui iure. ff. de adquir. vel amitt. possess.* respondemus, verissimum esse, quod Dominus Baro viuente testatore non possederit; post mortem autem ipsius, quando possessio incepit esse vacua, apprehendit, adeoq; adquisiuit demum possessionem. Neque obstat iuris axioma, quod nemo possessionis causam sibi mutare possit, *per d. l. possideri. §. illud quoque. ff. eod. de adquir. vel. omit. poss.*
28 quia respondemus, rebus in eodem statu manentibus, regulam certam esse, & veram; Sin autem in ipsa re, vel iure detinentis rem, mutatio aliqua contingat, saluo iure, & iam dicta regula fieri posse, vt qui fuit in possessione duntaxat, breui quasi manu possessor euadat; vt ecce, conductor, quamdiu conductor est, non potest sibi causam suam mutare, vt ex detentatore possessor fiat: Sin verò rem conductam à locatore emat, breui manu possessionem nancisci potest. Neque enim opus est, vt talis emptor fundum, in quo fuit, egrediatur, & possessionis adipiscendæ causa iterum ingrediatur, quia in iis, quæ breui manu fiunt, semper vnus actus ob cele-

celeritatem occultatur. *l. 3. §. sed si debitorem. vers. nam celeritate. ff. de donat. int. vir. & vxor.* Ita in nostro casu Baro de Sprinzenstein toto illo tempore, quo iure familiaritatis apud amicum fuit, non potuit possidere: mortuo autẽ amico, & sic possessione vacua, rectè possidere cœpit, ex ratione iam dicta, quòd & hoc & illo casu res in eodem statu nõ manserunt, & quod ob fictionem breuis manus vnus actus, ingrediendi possessionem, non attendatur, sed occultetur.

Difficilior est illa obiectio, qua dicitur, posito Dominum Baronem esse possessorem, erit tamen iniustus possessor, cum fideicõmissum non propria auctoritate capi, sed ab hærede directo, vel verbis, vel re restitui debeat. *l. restituta, & l. facta. ff. ad Tre.* sed responsiones sunt variæ & euidentes.

Nam licet de apicibus iuris ciuilis sit, vt fiat iam dicta restitutio ab hærede directo, multorum tamen opinio est, quod ex
29 æquitate, vt loquuntur, Canonica transeat fideicõmissum absq; alia reali aut verbali restitutione, & consequenter, quod fideicommissarius propria auctoritate apprehẽdere illarum rerũ possessionem possit, quarum dominium ipso iure transiuit, *ita Ant. Peregr. in tract. suo de fideic. art. 45. nu 18. circa fi. Boer. in decis. 156. n. 8. notant in c. in præ-*
30 *sentia, ext. de probat.* estq; hæc æquitas sanè magna, si hęres directus nullam habet detractionẽ, valdeq; clarus est & notorius defectus in proprietate, *iuxt. Boss. in tit. de Principe, n. 330. & ante eum fuit dictum Innoc. in c. constitutus, de fili. presb. & per recentiores contra Bart. in l. naturaliter, §. nihil commune. ff. de adquir. poss. vbi Ias. n. 45. Alex. n. 14. Menoch. de*
31 *recup. poss. rem. 1. n. 233.* tali namq; specie, sanè dolo facit hæres petendo possessionem illius rei, de qua nihil detrahere potest, & statim restituere debet. *l. dolo. ff. de reg. iur. c. dolo. de reg. iur. lib. 6.* nos autem in sequenti quæstione probabimus Melchiorem de Rechenberg hæredem nullam detractionem habere, & etiam in petitorio ex infallibilibus iuris regulis malè fundatum esse, ergo, &c.

32 Deinde respondemus, fideicommissarium tum demum cum vitio tali possidere, quod ipsum à legitimi contradictoris iure excludit, si possideat cum vitio spolij, id est, si ingressus est possessionem ab hærede per aditionem occupatam: In proposito autem aliter se res habet, quia Baro de Sprinzenstein ingressus est possessionem vacuam, & ante aditionem hæreditatis, & ita videtur sentire *Bald. in cons. 144. vol. 3.* dum dicit, legatarium possidere sine vitio, dummodo non ceciderit de legato per apprehensionem possessionis. *vt in l. non dubium. C. de legat.* & illud est, quando legatarius possessionem apprehensam per hæredẽ occupat propria auctoritate, & tenet istam declarationem etiam *And. Tiraq. in tra. le mort saisit le vif. declarat. 10. pa. 2. prout etiam in simili dicunt Alex. & Dec. in l. 1. C. de Carb. edict.* dum tenent possessionem vitiosam nõ posse confirmari, sed non vitiosam sic: & intelligũt vitiosam cum spolij vitio, plures allegat *Ant. Gab. comm. concl. lib. 4. tit. de fideicom. concl. 5. nu. 2. & 3.*

Tertiò & fortius respondemus, nos versari in terminis, quibus fideicõmissum ex iuris expressa dispositione ipso iure transit; nam fideicõmissum hoc, de quo agimus, non est amplius in prima persona, seu primo fideicõmissario, sed à filio Melchiore eodemq; directo hærede transiuit ad nepotem Ioannem, à Ioanne ad pronepotem Ioannem Georgium, & nunc à Ioanne Georgio sine liberis demortuo, transit ad Helenam sororem & proximam de familia. Atqui Iustinianus sacratissimus Princeps. *in l. sancimus. §. cum autem. C. de SC.*
33 *Treb.* veterum altercationem è medio tollens constituit, vt quotiescunq; hæreditas ad primum fideicõmissarium deuenit, vlteriores ad deuitãdos circuitus restitutione amplius opus non habeant: Sancimus, ait, vt siue per cõtumaciam abfuerit is, cui restitutio imposita est: siue mortẽ prçuentus, nullo relicto successore fuerit: siue à primo fideicõmissario in secundum translatio celebrari iussa est, ipso iure vtiles actiones transferantur. Si itaq; ipso iure (& quod idem est, sine facto aut verbo hæredis directi) post mortem Ioannis Georgij de Rechẽberg dominium fideicommissi peruenit ad Helenam sororẽ, consequens sanè est, eam potuisse ipsam quoq; possessionẽ (quæ cum facti sit ipso iure non transit. *l. cum hæredes. ff. de adquir. vel amit. poss.*) sua vel curatoris matrimonialis auctorita-

te apprehendere, illà certissima ratione, quod hoc casu idem operatur ius, quod aliis casibus, quibus restitutione opus est, operatur verbalis restitutio hæredis, *ita Bar. in l. fin. n. 9. vers. addo etiam. C. de edict. D. Had. toll. Ant. Gomez. tom. 1. variar. resolut. c. 5. n. 30. Alex. cons. 4. n. 36. vol. 2. Iacob. Menoc. post multos alios, quos citat sup. d. remed. 4. adipisc. poss. nu. 199. & nu. 633. latè And. Tiraq. de priuil. piæ causæ priuil. 39.* Ex his demonstratum planè est, quod Baro de Sprinzenstein sit iustus & legitimus possessor, nec opus habuerit ab vllius manu fideicōmissum accipere.

Quod vlterius in rationibus dubitandi dicitur, nos non versari in casu speciali, quo ipso iure transit fideicommissum, ex modo dictis simpliciter negatur, Illud cōcedimus, quod ex verbis fideicōmissi deduci nequeat, testatorem dedisse potestatem ingrediēdi fideicommissum propria auctoritate, sed hæc concessio nobis non refragatur, quia aliis fundamentis nitimur, expressis in iam datis tribus responsionibus.

Sic non obstat nobis doctrina eorum, qui dicunt, etiam iustum possessorem pro contradictore legitimo habendum non esse, quoties locus est detractioni Trebellianicę; quia quidquid sit de hac opinione, in proposito sanè à Melchiore de Rechenberg detrahi fideicommisso nihil potest, vt sequenti quæstione ad oculum demonstrabitur.

Quod de diuersitate titulorum adfertur, in iure fundamētum non habet, nam, vt ante demōstrauimus, omnis fideicommissarius, qui iustè possidet, & paratus est, de iure suo statim docere, legitimè contradicit hæredi scripto. Quod autem annectitur, titulum fideicōmmissi esse ex alio testamento; & sic cum etiam grauatus possideat, deq; sua possesione testari valeat, ius hæredis circa possessionem nō excludi; respondemus, quidquid sit de hac opinione, q̃ hîc non enucleamus, hoc certū est, quod ipsimet huius opinionis defensores eam declarent & limitent, nisi fideicommissarius sine vitio posideat, tunc enim fideicommissarius est legitimus contradictor, eo quòd in pari causa melior sit conditio possidentis, *ita Menoch. huius opinionis assertor. d. remed. 4. nu. 603.* Dominum autē Baronem iustè possidere, supra probauimus, ergo melior ipsius conditio.

Deniq; nos non detorquet ab opinione nostra decretum iudicis, de immittendo in possesionem scriptum hæredem.
35 Nam quando contradictor aliquis venit contra missionem, allegans se posidere, & citatum non fuisse, tum missio illa est reuocanda, & nulla pronuncianda, est celebris doctrina Barto. quem cæteri vno ore probarunt *in l. fin. n. 21. vers. si verò venit directo. C. de edict. D. Hadr. toll.* Si venit contradictor, *ait Bart.* petēs cassari immisionem iam factam, si quidem allegat se possedisse, & citatum non esse, statim sententia illa pronunciabitur nulla, tanquam possessore nō citato, idem per multa fundamenta consulendo tenuit. *Pet. de Anch. cons. 292. nu. 2.* & est ratio, quia non licuit iudici aliquem mittere in possesionem rei ab altero possessæ, ipso possessore non citato. *l. meminerint. C. vnde vi. Menoch. sæped. rem. 4. n. 627.* At Dominus Baro de Sprinzenstein possessor non fuit citatus, quando decretum immisionis petitum fuit & datum, vt ex actis supponimus; hoc ergo decretum inualidum est, & pro nullo declarandum; adeò, vt dum vigore huius decreti sciēter inualidi, hęres scriptus posesionē ingredi nititur, turbare possessorem dicatur, & propter hanc turbatam possesionem re-
36 mediis retinendæ conueniri queat, *teste Bald. in disp. sua incip. accusatus de vi turbatiua, sensit August. Beroi. cons. 45. n. 6. vol. 5. & Menoch. in tract. de retin. possess. remed. 3. nu. 474.*

Et hæc longè fortius procedunt nostro casu, quo contra hoc decretum verbis, literis, nunciis, & aliis omnibus modis, quibus potuit, Dominus Baro reclamauerit, & protestatus sit; vnde possesionem saltem ciuilem (nam de corporali insistentia, an & quomodo hęres scriptus bona ingressus fuerit, nobis satis non constat) retinuit. *l. clam possidere. §. qui ad nundinas, cum l. sequenti. ff. de adquir. vel amit. poss.* Et sic Dominus Baro adhuc possessor est saltem ciuilis, adeoq; iustus, & remediis possessoriis in hac sua ciuili possesione defendere se potest. *Menoch. d. remed. 3. retin. poss. nu. 22.* Hæres autem scriptus vigore decreti impetrati, vel omnino non est possessor, vel tantùm naturalis & iniustus. *d. l. meminerint.*

rint. C. vnde vi. qui talem possessionem ante omnia dimittere debet, *per vulgaria.* Et hæc de prima quæstione.

Quæstio II.

CVM iuris sit prorsus manifesti, quod sententia lata in possessorio non pariat exceptionem rei
37 iudicatæ in petitorio, *prout probat text. in l. & an eadem. §. vltim. ff. de except. rei iudic.* adeò vt succumbens in iudicio possessionis, non prohibeatur nouum processum inchoare super proprietate, idcirco congruenter secundo loco quæritur, posito, & secundum nos concesso, quod Dominus Melchior de Rechenberg in iudicio possessorio non sit fundatus, an saltem obtinendi spem habeat, si hæreditatis petitione (quæ actio de proprietate est) inceperit experiri.

Faciunt autem pro dicto Domino Melchiore non exigui momenti rationes & argumenta. Primum desumitur ex *priuilegio* Nobilitatis in Ducatu Glogouiensi, cuius & superiore quæstione nonnullam mentionem fecimus. Nobilitas enim illa Anno M. D. XIII. à Rege Hungariæ & Bohemiæ Vladislao priuilegium impetrauit, vt accedente confirmatione, deß Königlichen Hauptmanns / in illo Ducatu liberrimam haberet potestatem disponendi de bonis suis, non allodialibus duntaxat, sed & feudalibus: & hanc disponendi facultatem Nobilitas longissimo vsu & praxi etiam ad dispositiones morientium produxit, per ea, quæ in actis habentur, prout & verba ipsa iam dicti priuilegij ob eorum generalitatem (ibi versetzen/verkauffen/vergeben/an Freund vnd Frembden/ꝛc.) id pati videntur, cum
38 ex iure incognitum non sit, alienationis verbo etiam illam plerumque contineri, quæ per vltimas voluntates fit, præsertim vbi dispositio est valde generalis & effusa, vt hoc loco, *idque probat textus in l. si quis prioris. §. certum. Cod. de secundis nuptiis, & in l. peto. §. fratre. ff. de legat. 2.* Quoniam igitur defunctus testator Joannes Georgius de Rechenberg est de Nobilitate Ducatus Glogouiensis, & sic capax priuilegij, potuit sanè liberè testari & hæredem sibi nominare, quem voluit, nec potuit ei manus ligare, aut hanc libertatem testandi infringere proauus, tum quod iis, quæ statuto aut iure communi
39 alicui concessa sunt, priuatorum pactis & factis derogari nequeat. *l. ius publicum.*
40 *ff. de pact.* tum etiam quod iniquum sit, vni per alterum deteriorem conditionem inferri. *l. non debet alteri. ff. de reg. iur.*

Secundò fortius facit pro Domino Melchiore aliud priuilegium, quod anno 1508. obtinuit speciatim familia de Rechenberg, à Sigismundo Rege Poloniæ, in quo omnia huius familiæ dominia & bona, præsertim feuda, fuerunt libera effecta, cum hac tamen expressa moderatione, Daß solche Güter nicht erst/noch ehe an Weibliche Geschlechte / deren von Rechenberg kommen / es sey dann / daß die von Rechenberg Mannliches Stammes alle verschieden / vnnd durch den Todt verblichen seyn. Ratione igitur huius moderationis priuilegio insertæ, non fuit permissum proauo testatoris nuper demortui, per fideicommissum sua bona fœminis relinquere, extantibus masculis, & consequenter scriptus hæres Melchior de Rechenberg præferendus erit Dominæ sorori ipsius testatoris, quidquid proauus contra priuilegium huius familiæ disposuerit.

Tertiò sunt in iure certa, &, vt ita dicamus, solemnia verba fideicommisso-
41 rum, qualia illa, rogo, mando, peto, iubeo, cupio, opto, volo, desidero, & si qua sunt similia, *§. vltim. Instit. de sing. reb. per fideicomm. relict. l. 2. Cod. communia, de legat. Paul. lib. 4. sentent. tit. 1. de fideicomm. §. fideicommitt.* quæ si nulla adsint, non potest ex sola voluntatis coniectura fideicommissum induci, *textus est in l. pater. §. penul. & in l. testatorem, aliàs l. Iulianus. §. 1. ff. de legat. 3.* præsertim si voluntas aliquo modo est obscurior: quod si hæc voluntas fideicommittendi tam est aperta, vt æquum videatur fideicommissum induci, & tamen verba ad exprimendum fideicommissum non adsint idonea, necessarium

est senatusconsultum. *l. filiusfamilias.* §. *vt quis hæredem. ff. de legat. 1. l. ex facto. 17. in princ. ff. ad Trebell.* vel rescriptum Principis. *l. vnum ex familia.* §. *vlt. ff. de legat. 2. l. qui filiam. in princ. ff. ad Trebell.* scilicet vt auctoritas senatusconsulti vel Principis suppleat id, quod verbis testatoris deest, & quod JConsultus interpretando supplere nequit. At verò in testamento proauito, §. Vnd da Melchior. cui §. innititur Dominus Baro, nulla verba ad fideicommittendum idonea habentur, vt ex lectione illius §. apparet, consequens igitur est, à proauo nullum fuisse inductum fideicommissum. Esto, hæc ipsius voluntas fuerit; quam, vtpote deficientibus verbis fideicommissorum, supplere ipse Princeps primùm deberet, antequam vigore eius aliquid peti posset; & sic bona libera à vinculo fideicommissi deuenerunt ad testatorem Joannem Georgium, qui rursus, vt de bonis liberis pro libitu disponere potuit, *arg. l. 1. C. de SS. Eccle.*

42 Quartò, licet ponamus à proauo fideicommissum institutum esse, dici tamen potest, quod natis semel liberis non censeatur repetitum amplius seu continuatum fideicommissum in vlteriorem gradum hæredum, per ea, quæ consuluit, *Oldrad. in consil. 21. incipit, thema tale est, quem secutus est Alex. in consil. 185. volum. 2. vt eos refert & sequitur Iacob. Menoch. lib. 4. de præsumpt. præs. 69. num. 1.* sed in specie §. Vnd da Melchior nepos Ioannes reliquit filium Joannem Georgium, propter hunc igitur filium & respectiuè pronepotem expirauit fideicommissum, liberumque fuit Joanni Georgio, vtpote fideicommisso nullo grauato, sua bona relinquere cui vo-
43 luit: estque ratio huius doctrinæ, quòd sufficiat cōditionem semel impleri, quidquid postea eueniat. *l. hæredibus. in princ. ff. ad SC. Trebell. & l. cum vxori. ff. quand. di. legat.* hic autem conditio impleta semel est, quia Joannes nepos decessit cum filio Joanne Georgio, siue igitur Joannes Georgius reliquerit liberos, siue non, ratio nulla quoad vires fideicommissi habenda est, atque hæc est receptissima DD. sententia, *vti testatur Menoch. cit. loco, & nuper Hartm. Pistor. lib. 3. quæst. Iur. q. 30. nu. 40.*

Quintò non apparet ex testamento Georgij de Rechenberg proaui, quod filio suo aut vlteriori descendenti disertè prohibuerit testamenti factionem, ne scilicet bona ab ipso deuoluta in alium, quàm in certas personas, vltima sua voluntate transferant: ergo ex iure communi liberum est ipsis testari; simplex enim
44 alienationis prohibitio, quæ hoc loco duntaxat intercessit, non extenditur ad causam testati in remotiorem vel extraneum. *Ias. in consil. 101. colum. fin. volum. 1.* vbi dicit, quod quando prohibitio est simpliciter facta, tunc non prohibetur hæredis institutio. *refert & sequitur Rol. à Valle. consil. 80. num. 36. vol. 3.* alienationis namque verbum ad vltimas voluntates propriè non pertinere, vel ex eo patet, quod minor viginti quinque annis sine iudicis decreto alienare nequeat. *tit. Cod. de præd. & aliis reb. min. sin decret. non alien.* testamenti tamen factionem habeat. *l. à qua ætate. ff. qui testam. fac. poss.*

Sextò, etiamsi in præcedente quæstione sit ostensum, quod testamentum Joannis Georgij de Rechenberg ob omissas solemnitates sit iniustum, *l. 1. ff. de iniust. rupt. & irrit. fact. test.* & sic ex eo directo nihil debeatur. *l. ex imperfecto. C. de testam.* resque ad intestati causam deueniat. *l. quamdiu ff. de reg. iur.* adiecit tamen testator in declaratione sua clausulam Codicillarem, quod perinde est, atque si ipsi testamen-
45 to in continenti adiecisset; clausula autem Codicillaris hoc operatur, vt Domini Baronis de Sprinzenstein Coniunx, eademque hæres ab intestato per iuris interpretationem, necnon ex præsumpta mente testatoris intelligatur fideicommisso grauata & rogata restituere hæreditatem Melchiori de Rechenberg hæredi scripto, sola Trebellianica sibi relicta. *l. vlt. §. 1. Cod. de Codicill. l. ex ea scriptura. §. 1. ff. qui testam. fac. poss. l. cohæredi. §. cum filia. ff. de vulg. & pupill. substit. Speculat. in tit. de instit. adit. §. compendiosè. num. 18. Ias. in auth. nouissima. num. 24. Cod. de inof. testam. & in authen. ex causa. Cod. de lib. præterit. Ioachim. Mynsig. respons. iur. 95. nu. 8. cent. 1.*

46 Septimò, ponamus valere testamentum, & etiam fideicommissum in suo vi-

gore

gore adhuc esse (quæ tamen quarta & sexta dubitandi rationes euertere videntur) hoc saltem beneficij habebit Melchior de Rechenberg scriptus hæres, vt tempore restitutionis, quartam Trebellianicam deducere, sibique retinere valeat, & residuum duntaxat restituere obligatus sit. *tit. ff. & Cod. ad SC. Treb.*

Octauò & vltimò adferuntur per Melchiorem de Rechenberg pro fundanda sua intentione, regulæ communes, quod causa testati præcedat causam intestati. *l.*
47 *quamdiu. ff. de adquirend. vel omittend. hæred. l. quamdiu. ff. de reg. iur. l. antequam. C. communia de success.* quod item posterior vo-
48 luntas deroget priori. *l. hac consultissima. §. Si quis autem. C. de testam. l. si quis eum. ff. de vulg. & pupill. substitut. l. clari iuris est. Cod. de fideicomm. l. datum. Cod. de legat. cum similibus.* Atqui Dominus Baro nititur vel causa intestati, quod ipsius Coniunx sit proxima in gradu, vel certè nititur testamento antiquiore, puta proauito, ergo Dominus de Rechenberg præferendus est, qui habet testamentum, & quidem recentius.

Verùm hisce & similibus minimè obstantibus, existimamus, propter fideicommissum in proauito testamento institutum, Joanni Georgio pronepoti, eidemque testatori non licuisse, omissa sorore sua Helena, nunc Domini Baronis de Sprinzenstein Coniuge, eademque proxima de familia, vlteriorem agnatum in fraudem fideicommissi instituere, & sic propter defectum testandi, tabulas (posito etiam quod solemnes & iustæ sint) iam dicti Joannis Georgij, quoad bona à proauo descendentia, inanes esse, & vigore antiquioris iuris, ex tabulis proauitis, illa bona ad sororem Helenam proximam de familia pertinere.

De reliquis extra iam dictum fideicommissum à testatore relictis bonis, cum in quæstione nihil proponatur, nec nos in conclusione hac nostra, aliquid dicere voluimus, quamuis ex progressu etiam de his nostra sententia patefiet.

Probatur nostra conclusio ex certissimis iuris principiis, quorũ vnum est, quod
49 testandi facultas omnibus est permissa, quibus specialiter interdictum non reperitur, *ita argumentantur DD. omnes, & specialim Gloss. & Bart. in l. 4. num. 4. ff. qui testam. fac. poss. Panor. in rub. de testam. num. 2. Azo in Summa. C. qui testam. fac. poss. Duar. in pand. eod. cap. 2. Institutionistæ in tit. quibus non est permiss. fac. testa. vt Vig. Zuich. in princ. illius tit. num. 3. & 4. Mynsing. nu. 1. Schneid. nu. 3. & cæteri omnes.* Quia edictum de testamentis ordinandis prohibitorium est. *Panorm. dicto loco Chassan. de consuet. Burgund. rubr. 8. §. 5. verb. prend. les heritagas. vers. contrarium tamen.* Cuius edicti ea natura est, quod omnes, qui in eo non reperiuntur prohibiti secundum iuris communis dispositionem ad talem actum censeantur admissi, id q, apertè probat. *text. in l. ab ea parte. ff. de probat.* ab ea parte, *inquit Paulus*, quæ dicit aduersarium suum ab aliquo iure prohibitum esse specialiter lege vel constitutione id probari oportere: *idem Paulus in l. cum prætor. ff. de iudic.* cum prætor vnum ex pluribus iudicare vetat, cæteris id permittere videtur. *l. qui accusare. ff. de accusat. l. mutus & surdus. ibi. quia hoc edictum prohibitorium est, &c. ff. de procurat.* quæ enim ex natura sua illicita non sunt, in iure permissa censentur, si expressè non reperiantur prohibita. *l. necnon. §. quod eius. ff. ex quib. caus. maior. l. statuas. C. de relig. & sumpt. funer.* quæ omnium maximè in testamenti factione procedere debent, quod Imper. Constant. *in l. 1. C. de SS. Eccles.* omnibus licentiam dederit testandi de bonis suis: habeat vnusquisque licentiam, *inquit*, decedens bonorum, quod optauerit, relinquere, & non sint cassa iudicia eius, &c. quod antea etiam ex lege 12. tab. permissum fuit. *l. verbis legis. ff. de verb. signif.* Et si-
50 cuti testari, hæredemq; instituere, hoc est, directò & imperatiuè, legisq; modo relinquere cuius regulariter licet, ita multò magis licet relinquere verbis precatiuis, & per fideicommissum: est enim longè grauior voluntas, qua imperamus, quàm qua rogamus; adeò, vt olim fideicommissis nondum ad iuris necessitatem redactis, precariò relinqui potuerit iis, qui directò capere nil poterant. *init. tit. Instit. de fideic. hæred.* quod tamen progressu temporum eatenus mutatum est, vt permissum sit omnibus & singulis fideicommissum relinquere, aut capere, qui actiuam & passiuam

testandi facultatem habent. *l. 2. ff. de legat. 1.* sciendum est, *ait ibi text.* eos demum fideicommissum posse relinquere, qui testandi ius habent. *l. 1. ibi. non posse fideicommittere certum est, quia nec testari potest, &c. l. omnibus, cum l. sequenti. ff. ad Trebell. l. hæreditatis. C de hæred. instit.* vt hinc consequentia sit infallibilis, iste testari potest, ergo & fideicommittere. *d. l. 2. de legat. 1. & d. l. 1. de legat. 2.*

Quia igitur ex iuris regula testari quilibet potest, ex eadem quoq; regula fideicommittere licebit.

Secundum iuris principium, quo
51 nitimur, est, quod res seu bona fideicommisso subiecta per grauatum alienari non possint, nec actu inter viuos, *vt tradunt DD. in l. marcellus. §. res quæ. ff. ad Trebell. & sequitur eos And. Gail. lib. 2. obs. pract. obs. 137. num. 1. Mich. Graff. lib. 1. recept. sentent. §. fideicommissum. q. 56. num. 1. Fernand. Vasq. de success. progress. §. 28. num. 2. & est text. capitalis in l. fin. §. sed quia. C. commun. de legat.* vbi etiam traditur, quomodo resoluatur alienatio rei subiectæ fideicommisso
52 conditionali, &c. Nec etiam per vltimam voluntatem, sed simpliciter debent retineri ei, qui per fideicommissum vocatus fuit. *l. peto. §. fratre. ff. de legat. 2. & ibi Bart. & DD. l. pater filio. §. fundum. ff. de legat. 3. Dec. consil. 76. nu. 1. in fin. & cons. 584. nu. 10. Ruin. consil. 89. nu. 24. vol. 2. Decian. cons. 26. num. 1. vol. 2.*
53 *citati ab Hartm. Pistor. lib. 4. q. iur. 9. num. 55.* adeò, vt licet grauatus instituat suo testamento illam ipsam personam, quæ per fideicommissum vocata fuit, talis tamen institutio non attenditur, sed primum seu illud testamentum, in quo fideicõmissum relictum fuit, & fideicommissarius dicitur ex primo, & non ex secundo testamento, succedere, vt post alios scribit *idem Graff. d. lib. 1. §. institutio. q. 23. circa fin. præclarè Aym. Crauett. consil. 144. num. 1. vers. pro fundamento.*

Suppositis his duobus principiis, ita arguimus, Georgius de Rechenberg proauus potuit testari, adeoq; fideicõmissum
54 suo testamento relinquere, probatur ex priore regula iam allata, ex qua intentio nostra fundata est, donec casus fallentialis à parte aduersa probetur, *vt ait Dec. in l. 1. nu. 8. ff. de reg. iur. & ibi Cagnol. nu. 15. vers. & adeò. & Gloss. in l. omnis definitio. ff. eod. & ibi idem Cagnol. nu. 33. & And. Tiraq. in tract. de retract. consanguin. §. 1. Gloss. 9. num. 211. vers. quibus adde, Fulu. Pacian. cons. 17. n. 5.* sed pars aduersa non probauit, nec probare potest statuto, priuilegio, consuetudine speciali, aut iure communi, aut vllo alio modo demptam fuisse testamenti factionem Georgio de Rechenberg proauo, vt ex responsionibus ad rationes dubitandi clarescet; ergo manendum est cum regula, quæ permittit factionem testamenti.

Hanc porrò potestatem testandi secuta est solemnitas & voluntas, quod enim solemnitatem attinet, ea in dubium non reuocatur, quia vel ipse Melchior de Rechenberg hodiernus litigator confitetur, testamentum iam dicti Georgij de Rechenberg iustum esse, & omnibus iuris solemnitatibus munitum. Voluntas autem fideicommissum instituendi est expressa in §. Vnd da Melchior, vbi habetur: Si Melchior (filius testatoris) decedat sine liberis masculis, & postea moriatur quoque Ioannes Nepos, & bona perueniant ad ipsius nepotis masculos, & respectiuè pronepotes (fuit Joannes Georgius testator modernus) & tandem etiam isti pronepotes moriantur absque liberis masculis (quod & factum est) sollen die Fälle der Güter an niemand anders fallen vnd erben/ dann an mein/ der von Rechenberg Geschlechte/ so am nechsten darzu gesippet/ vnd
55 gefreundet seyn/ sie seynd Mannlichs oder Weiblichs Geschlechts/ Verba illa, fallen vnd erben/ quibus hæc latina respondent, perueniant, deuoluantur, reuertantur, redeant, pertineant, cadant, &c. sunt communia verba, & vulgarem siue directam & precariam, siue fideicommissariam substitutionem denotantia, *vt ostendit Bart. ad l. centurio. num. 48. 49. 52. 53. & 54. ff. de vulgar. & pupill. substitut.* estque huiusmodi verborum ea vis, (id quod etiam prima quæstione attigimus) vt si iure directo sequens in gradu, propter hæreditatem semel aditam, succedere nequit, *argum. text. in l. post aditam. Cod. de Impub. & aliis substit.* saltem per fideicommissum sibi bona adquirere valeat, *idem Bartol. in dict. l. centurio. quæst. 4. & in l. recusare. §. Titius. ff. ad Trebell.*

Alex.

Alexand. consil. 82. num. 1. & 2. volum. 2. Ruinus consil. 51. numer. 21. volum. 1. Cephal. consil. 231. num. 10. vol. 2. & alij, quos citat & sequitur D. Andr. Fachin. consil. 81. num. 14. vol. 2.

Quoniam igitur constat ex solemni testamento, Dominum Georgium de Rechenberg voluisse, & ex iuris regula potuisse fideicōmissum instituere: tale porro fideicommissum à grauato in nullum extraneum à fideicommisso, nec actu inter viuos, nec vltima voluntate transferri queat, ex altera iuris regula à nobis allata, sed præcisè vocato relinquere debeat; vocata autem sit, defuncto pronepote sine liberis masculis, proxima persona de familia Rechenbergiorum, siue masculus, siue fœmina; certe purificata iam hac conditione, ad nullum alium bona grauata peruenire possunt, quam ad Helenam proneptem, eandemq; Coniugem Baronis de Sprinzenstein, cum ea proximior persona de illa familia hodie non viuat, vt ex actis didicimus.

Et cum nos versemur in regulis iuris communis, adeoq́ue pro nostra sententia intentionem fundatam habeamus, vt paulo ante meminimus, necesse non est, diutius in probanda iam dicta sententia nostra immorari, hoc tantùm videndum, an rationes dubitandi eius sint momenti, vt vigore earum recedi debeat à regula, hoc est, an versemur in casu aliquo specifico & fallentiali, quo minus Georgius de Rechenberg bona sua fideicommisso grauare potuerit; Id quod nos minimè putamus, vt ex responsionibus ad singulas dubitandi rationes colligetur. Igitur non obstat priuilegium commune toti nobilitati Ducatus Glogouiensis concessum, Quia respondemus primò, ex hoc quod nobilitas liberam testandi facultatem de bonis etiam feudalibus, accedente tamen permissu illius loci iudicis consecuta est, eo ipso quilibet nobilis non tantùm hæredem instituere potest, sed etiam substituere tam directò, quàm per obliquum: hi enim illi actus sunt, qui propriè pertinent ad testamentum, & fiunt in testamento, estq; in iure prorsus inauditum, vt quis testamenti factionem habeat, & tamen precario substituere nequeat; vnde tantùm abest, vt iam dictum priuilegium opinioni nostræ aduersetur, vt eam etiam vehementer confirmet, cum per hoc priuilegium ventum fuerit ad ius commune, & regulam iuris, qua quilibet testari potest, & à qua antea in feudis præsertim, erat recessum.

56 Hinc pro nobis quoque facit in contrarium allegata. *l. ius publicum. ff. de pactis.* quia ex his, quę nos didicimus, quod nempe nobilitas Glogouiensis liberè hæredes instituere & substituere valeat, ius commune non læditur, sed seruatur. Neque iniquam conditionem (vt ex aduerso allegatur) infert is, qui sibi iure permissa vtitur potestate.

57 Deinde & aliter respondemus, quandoquidem, vt iam sæpius dictum est, iure communi infallibiliter verum est, quod is, qui testari potest, etiam substituere possit, *dict. l. 2. ff. de legat. 1. & ibi DD. iunct. l. potest. quis in testam. ff de vulgar. & pupill. substitut. & §. 1. Instit. eodem.* certè etiam statutum concedens alicui testandi fa-
58 cultatem, aliter intelligi non debet. ita enim statuta accipienda sunt, vt quam minimum iuri communi derogent, *text. in cap. cum dilect. ext. de consuet. & in l. 2. Cod. de noxal. act. & notat Bartol. in l. 1. §. lex falcidia, per illum text. ff. ad leg. falcid. Gloss. & DD. in l. fin §. in computatione. C. de iure deliberandi.* vnde absurdissimum esset dicere; Statutum Glogouiense concedit nobilib. illius prouinciæ generalem facultatē testandi, & tamen non concedit facultatem substituendi aut fideicommittendi. Breuiter vel debet monstrari ex verbis statuti, quod Nobilibus non liceat fideicommittere, quod inspecto totius statuti tenore impossibile est: vel debet statutum intelligi conuenienter iuri communi, & habebimus intentum, quod is, qui testari potest, etiam fideicommittere possit.

Tertiò respondemus consuetudinem optimam legum & statutorum esse interpretem, *l. si de interpretatione. ff. de. ll.* nec facile mutanda ea, quæ interpretationem semper certam habuêre. *l. minimè. ff. eodem.* sed vt acta testantur, nihil frequentius est inter nobiles Glogouien-

ses, quam fideicommissa instituere; imò ipsemet testator Ioannes Georgius nuper demortuus, in declaratione sua ad testamentum, perpetuum quasi fideicommissum instituit; secundum hanc praxin ergo, qua fideicommitti passim solet, statutum seu priuilegium Glogouiense interpretationem suam accipere debet.

Et quoniam ex his tribus responsionibus euidéter apparet, priuilegium Glogouiensis nobilitatis Georgio de Rechenberg fideicommittendi potestatem non ademisse, consequens est, quod debeamus manere cum regula, qua is, qui testari potest, etiam fideicommittere potest. *sup. d. l. 2. ff. de legat. 1.*

Sed nec refragatur priuilegium speciale, Familiæ Nobilium de Rechenberg concessum, quo habere videntur restrictiuam potestatem testandi, scilicet, vt bona eorum ad fœminas non deuoluant, nisi in casu deficientium masculorum; Quia respondemus, quod etiamsi ponamus, iam dictum priuilegium ad causam testati pertinere, prout allegatur; tamen ab eo, vtpote in anno 1508. impetrato, tanquam minus pleno familia de Rechenberg recessit, & priuilegij communis, quod Nobilitas tota anno 1513. obtinuit, & quo potestas testandi est illimitata, participem se fecit. Patet hoc inprimis ex ipsa ratione: quis enim crederet, habentem duo priuilegia, vnum largius, alterum strictius, velle illud repudiare, & hoc acceptare? *contra text. & notata in §. extraneis autem. vers. sed nostra beneuolentia I. de hær. qual. & diff.* vbi licet duæ sint viæ præscriptæ hæredi de viribus hæreditatis dubitanti, ius deliberandi, & confectio inuentarij; quilibet tamen censetur potius hanc viam, tanquam pinguiorem & securiorem eligere. Idque adhuc fortius procedit, quando per electionem strictioris beneficij, seu priuilegij, dispositio eligentis
60 rueret, vt hoc casu; quia si actus duobus modis agi potuit, in dubio creditur eo modo actum, quo est vtilius, *per ea qua notat Bart. in l gerit. vers. circa tertium principale. ff. de adquirend. vel omittend. hæred. cum similibus adductis per Alexandr. in consil. 55.*
61 *num. 2. volum. 5.* nec credendus est quisquam genus testandi illud eligere, per quod iudicia sua impugnarentur. *l. similes. ff. de testam. militis.*

Et ne coniecturis seu emendicatis, vt loquuntur, suffragiis vtamur, quod Domini de Rechenberg recesserint à priore & speciali suo priuilegio, euidenter apparet ex eo, quod Dominus Ioannes de Rechenberg Eques inter Nobilitatem Glogouiensem ferè principalis fuerit, in supplicando apud Regem Vladislaum confirmari priuilegium commune; Ad cuius tenorem postea, hoc est, anno 1536. omisso priuilegio speciali, testatus est, vt videre est in ipsius testaméto nobis sub lit. A. exhibito. Idem fecit Georgius de Rechenberg institutor fideicommissi in suo testamento sub B. ibi: sonderlich nach gemeines dises Fürstenthumb Priuilegien außgesetzet/hergebracht/vnd gebrauchet/rc. Idem Joannes de Rechenberg nepos institutoris fideicommissi, ibi: so wol dieses Fürstenthumb Priuilegien. Idem denique ipsemet Ioannes Georgius pronepos, de cuius testamento hic agimus. ibi, so wol dieses Fürstenthumb Priuilegien, &c.

Ex quibus omnibus liquet, quod speciale priuilegium ab vsu & aula recesserit, & quod Domini de Rechenberg à septuaginta, & eo amplius annis priuilegio communi vsi sint, de priuilegio autem speciali altum silentium habuerint.

Et sanè durissimum foret dicere, totam nobilitatem Glogouiensem ius liberum testandi ex priuilegio habere, solam autem domum de Rechenberg habere
62 limitatum, propter speciale suum priuilegium; Ita enim fieret, vt quod in fauorem domus illius fuisset inductum, in maximum eius odium retorqueretur, contra regulam iuris *in cap. quod ob gratiam, de reg. iur. lib. 6.* estque per se indubitatum, quod is, qui habet priuilegium seu beneficium speciale, & sibi duntaxat competens, illi beneficio renunciare valeat, & iure communi seu statuto communi vti, si eius aliàs capax est, prout hic Domini de Rechenberg, non minima pars nobilitatis Glogouiensis, *argum. text. in l. si quis in con-*
63 *scribendo. C. de pactis.* vbi ex iuris antiqui regula, omnes licentiam habent, his, quæ pro se introducta sunt, renunciare.

Ad

Ad tertium argumentum responde-
46 mus, quidquid olim de verbis solemnibus fideicommissorum fuerit, hodie sanè & ex recentioribus constitutionibus omne verbum significans testatoris legitimum sensum, legare vel fideicommittere volentis, vtile atque validum est. *text. est. in l. 2. C. communia de legat. & in l. in legatis C. de legat.* in legatis, *aiunt Impp.* vel fideicommissis necessaria non sit verborum obseruantia: ita nihil intersit, quis talem voluntatem verborum casus exceperit, aut quis loquendi vsus effuderit, idem probat. *l. quoniam indignum C. de test. & l. vlt. C. qui admitt.* atqui verba **fallen vnd erben** sunt, vt diximus, verba communia, apta tam directæ quam obliquæ substitutioni; dato igitur, non adesse præcisè verba fideicommissorum olim vsurpata, adsunt tamen talia, quę sufficienter voluntatem testatoris fideicommittere volentis declarant.

Quod quarto attinet doctrinam & au-
65 ctoritatem Oldradi *in cons. 21. & sequacium*, nempe purificata semel conditione, si sine liberis, fideicommissum non censeri repetitum aut continuatum; respondemus, Oldradum, & alios omnes, qui ipsum sequuntur, hanc opinionem declarare, nisi ex coniecturis constet de voluntate fideicõmittentis, quod voluerit fideicommissum etiam purificata semel cõditione cõtinuatum, prout Menoch. *cit. lib. 4. præs. 69.* multas ad hoc propositum coniecturas congessit. Quod si Oldradi opinio locum non habet, vbi coniectura contrarium suadet; multo minus procedet, si verba testatoris expressa euincant contrarium, vt nostro casu, in sępè d. §. **vnd da Melchior** ibi: **an Hanses Leibes Lehens Erben gestammet vnd geerbet wurden / vnnd nun dieselben Hanses Leibes Lehens Erben / eh sie wider Leibes Lehens Erben zeugte / auch versturben / sollen die fälle / &c.** ecce testator non subsistit in persona Ioannis nepotis, aut etiam in persona pronepotis, sed dicit expresse, delapsis iam bonis & deuolutis ad Ioannis filios & respectiuè pronepotes, si isti pronepotes sint morituri absque liberis masculis: (qui noster casus est:) quod hæc bona debeant peruenire ad proximam per-
66 sonam de familia. Cum igitur nos versemur in casu expresso, nõ est opus, vt confugiamus ad coniecturas, an scilicet fideicommissum repetitum censeri debeat, an non, *argum. text. in l. Ille aut ille ff. de legat. 3. & tex. in l. 3. C. de lib. præterit.* priore loco, *Paul. IC.tus*, cum, *ait*, in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quæstio. Posteriore *Iustin. Imp.* Cum, *inquit*, manifestissimus est sensus testatoris, verborum interpretatio nusquam tantum valeat, vt melior sensu existat.

67 Circa quintum argumentum sciendum est, quod alienationis prohibitio fit duplex, vna expressa, quæ tacitum continet fideicommissum in casum contrauentionis: altera tacita, quæ ex fideicommisso expresso oritur, *ita latissimè DD. in l. filiusf. §. diui ff. de legat. 1. & post eos Pet. Anton. de petra in tract. de fideicom. quæst. 3. per tot.* dispu-
68 tatio autem, an prohibita alienatione, censeatur etiam prohibita testamenti factio, tantum pertinet ad priorem casum expressæ prohibitionis, *de quo idem Anton. de Pet. d. tract. quæst. 8.* & nullo modo ad fideicommissum expressum, ex quo tacita resultat alienationis prohibitio; quia in expresso fideicommisso nunquam dubitatũ fuit, quin nemo ad illud vocari, etiam per vltimam volũtatem, per possessorem fideicommissi possit, nisi is, quem testator vocauit, & cui fideicommissum restitui voluit. Hinc, etsi concedamus alienationis verbo propriè non contineri testamenti factionem, nostra tamen sententia vim nullam patitur, quia nos negamus testamenti factionem vltimo possessori, nempe Ioanni Georgio de Rechenberg, non ex eo, quod alienatio ipsi fuerit prohibita, sed quod fideicommisso expresso fuerit oneratus.

Et ratio differentię inter hæc duo est, quia prohibens alienationem nihil disponit, id est, neminem vocat, ad successionem: sed tantum tollit vias, quibus bona possent venire ad eos, ad quos prohibens non vult; vnde remanet quæstio, an in tali prohibitione sustulerit prohibens tam vias inter viuos, quam vltimarum voluntatum: Instituens autem expressum fideicommissum disponit aliquid, & vocat certas personas, aut certum personarum genus ad successionem, vt hinc cesset omnis quæstio, an grauatus possit bona ad alios defer-

deferre, quàm ad eos, quos ipsemet fideicommittens vocauit, & de quibus disposuit.

Ad sextum argumentum respondemus, concedendo testamentum Ioannis Georgij de Rechenberg ad minimum valiturum, tanquam Codicillos ab intestato, ob clausulam Codicillarem adiectam, *per iura ibi allegata*, & hic Domina Helena soror erit hæres ab intestato *auth. cessante, C. de legit. hared.* & virtute iam dictæ Clausulæ, debebit restituere bona Melchiori; sed tantùm ea, quæ habuit testator Ioannes Georgius extra bona fideicommissi per proauum grauata, *ita consuluit Raph. Cuman. in consil. 109. num. 3. vsque ad finem, idem copiosè respondit in consili. 114. vol. 4. quos citat & sequitur Franc. Mart. de coniect. vlt. volunt.* 69 *lib. 7. tit. 8. num. 16.* vbi in terminis ait, quod hæres fideicommissario non teneatur restituere fideicommissa ab antecessoribus relicta. Et hinc Dominæ Helenæ eiusque Domini Mariti intentioni, argumentum hoc non obstat, quia aliud non petunt, quàm bona proauita. Immo quod plus est, non tantùm debebunt hoc casu separari bona grauata, à liberis & non grauatis, & illa à Domina Helena retineri, hæc restitui: verùm etiam ab illis non grauatis Domina Helena Trebellianicam, antequam restituat, sibi deducere poterit. In 70 Trebellianicam enim imputantur ea omnia, & sola quæ quis iudicio testatoris consequitur. *l. in quartã ff. ad l. falc.* at fideicommissum, de quo loquimur, Domina Helena non habet iudicio testatoris, sed contra iudicium testatoris, iudicio seu testamento proaui. ergo hoc fideicommissum imputari in quartã Trebellianicam nequit, & sic ex bonis liberis quarta deducenda erit, quam omnis siue in testamento siue ab intestato grauatus habet.

Nisi quis dicat & probet, testamentum Ioannis Georgij de Rechenberg habere requisita testamenti nuncupatiui, & sic valere in vim, non quidem scripti, ob omissas aut perperam adhibitas solemnitates sigillationis & subscriptionis, sed nũcupatiui testamenti, *propter doctrinã Franc. Mant. q. 1. à nobis allegatam ex lib. 1. de coniect. vlt. volunt. tit. 7. n. 6.* tali namq; specie bona libera hæres scriptus in solidum & sine detractione consequetur.

In septimo argumento inuertitur casus, & supponitur, testamentum Ioannis Georgij de Rechenberg valere, & ipsum quoque fideicommissum proauitum, hoc casu Melchior de Rechenberg hæres scriptus habebit in primis bona libera, deinde de ipso fideicommisso quartam, hęc namque vis est huius argumenti, sed respondemus, quòd bona libera attinet, nos non negare, quin hæres scriptus ea habere possit, siue directè, si valet iudicium testatoris, saltem vt testamẽtum nuncupatiuum, siue indirectè, si valet vt Codicilli duntaxat: quod autem hæres scriptus de fideicommisso proauito quartam deducere possit, id omnino negamus, ob rationes duas satis euidentes.

Primò, quia hoc fideicommissum non est nouum, id est, non habet initium suum à Ioanne Georgio pronepote, sed à Ioanne nepote, qui mortuo Melchiore filio sine liberis, primus fuit fideicommissarius, & Melchior hæres directus. Atqui iure nostro ita est constitutum, vt licet fideicom-71 missum quod vocant graduale, sæpius ex eodem testamento pro graduum aut personarum varietate debeatur, adeo, vt tot sint fideicommissa, quot sunt personę gradatim ad fideicommissum vocatæ *l. peto §. fratre, l. cum pater §. libertis, ff. de leg. 2.* attamẽ non nisi vnius quartæ detractionem patitur: (semel enim quartam ex vnius hæreditatis fideicommisso detrahi senatus voluit. *l. 4. ff. ad Treb.* & vna tantùm hæreditas est, licet plura sint fideicommissa *l. 1. §. inde Neratius. eodem:*) eius commodo cessuram, qui prior rogatus fuerit, si iure suo vti volet, aut cui ex fideicommissariis donatum illud maluerit *d. §. inde. Neratius, vers. nisi liberalitatem*, ne alioqui multiplicatis pro fideicommissorum numero detractionibus, tandem eueniat vt totum ipsum fideicommissi ius contra testatoris & Senatus Consulti mentem in nihilum redigatur. Ex hoc iure ita constituto sequitur, quod solus filius idemque directus hæres institutoris fideicommissi potuit detrahere quartam, sequentes fideicommissarij non item.

Secunda ratio, cur detractioni quartæ in præsenti casu locus non sit, inde deducitur, quod fideicommissum, quo de agi-

agimus, non sit purum, sed conditionale si sine liberis, &c. in conditionali autem seu tali fideicommisso, quod non statim restitui debet, sed quod hæres directus vsque in euentum conditionis possidet, vtiturq; & fruitur, fructus in quartam imputãtur, *l. in fideicommissaria ff ad Trebell.* adeò,
72 vt si fructus quartam æquant, quarta ab-
73 sorbeatur absumaturque. Et tradunt Pragmatici quinque annorum possessionem sufficere ad hanc absumptionem, quoniam ea fructuum computatio fieri solet, vt admodum vsurarum quincuncium æstimati anno demum vicesimo æquent iustam bonorum æstimationem, cuius temporis diuisi quarta pars, quę quartę bonorum parti respondeat, quinquennio concludetur. *Auth. perpetua, vbi DD. C. de SS. Eccles. Matth. de Afflict. decis. 285. in fin. Ant. Faber in Cod. suo, lib. 6. titul. 25. defin. 18.* Hinc cum Melchior de Rechenberg filius institutoris fideicommissi idemque directus hęres toto vitę tempore fideicommissum possederit, exque eo fructus perceperit, merito Trebellianica pro deducta ex hoc fideicommisso habenda est, & sic deduci *amplius* non potest.

Denique non obstant nobis illæ iuris regulæ, quæ in octaua dubitandi ratione adductæ sunt; licet enim verum sit, quod causa testati causam intestati præcedat, tamen & nos versamur in causa testati, nempe in testamento proauito, quod testamentum, vt antiquius, debet præcedere testamentum nouum, in quo de bonis fideicommisso subiectis disponi nihil potuit.

74 Atque per hanc responsionem sublata est etiam altera regula, qua dicitur, posteriorem voluntatem derogare priori, quia intelligi debet, si idem testator cum pluribus testamentis decessit, tunc enim posterior voluntas, cæteris paribus, derogat priori: quando autem concurrunt duę voluntates diuersorum hominum, qui de iisdem bonis testati sunt, tunc procul dubio antiquior præualet, & illi bona obtinebunt, qui in priore & antiquiore illa voluntate vocati sunt.

Resolutis in hunc modum omnibus in contrarium adductis, apparet, quod in petitorio iudicio spes victoriæ penes Dominum Baronem de Sprinzenstein vsq; adeò sit, vt non tantùm bona fideicommisso proauito grauata: (de quibus in quæstione mentio fit:) integra, & sine vlla deminutione aut detractione consequi valeat; veram etiam de bonis liberis Ioannis Georgij de Rechenberg quartam partem ex Trebelliano, casu quo res est deuentura ad causam intestati, & restitutio futura, vigore clausulæ Codicillaris: casu autem quo probabit hæres scriptus, testamentum saltem in vim nuncupatiui sustinendum esse, Baro de Sprinzenstein de bonis liberis nihil habebit, sed tantum fideicommissum proauitum, idque, vt diximus, integrum, & sine detractione.

RESPONSVM II.

Summaria.

1. *Existente legitimo contradictore, non habet locum beneficium l. vlt. C. de edict. D. Hadr. toll.*

2. *Fideicommissarius vt sit legitimus contradictor, necessum est, vt sine vitio possideat, & vt in continenti de suo iure docere queat.*

3. *An in continenti quis probare possit, versatur in arbitrio iudicantis.*

4. *Probatio, quæ fit per instrumenta, dicitur fieri in continenti: quia est euidentissima, atque rem manifestam, & notoriam reddit.*

5. *Iniuriam non facit, qui permissa à iure vtitur potestate.*

6. *Fideicommissarius, qui habet verbalem, aut legalem restitutionem, fideicommissum propria autoritate apprehendere potest, maximè si fideicommissum nullam detractionem patitur.*

7. *In secundum, aut vlteriorem fideicommissarium iura fideicommissi ipso iure transeunt.*

8. *Detractio Trebellianicæ tantùm locum habet respectu primi fideicommissarij.*

9. *Legalis restitutio transferre dominium videtur, non possessionem: vt in legato, vbi quidem transit dominium ipso iure, sed possessionem de manu hæredis capere legatarius debet. num. 10.*

11. Ces-

11. *Cessante Falcidia legatarius sua autoritate vacãtem possessionem legati ingrediens non expelli interdicto potest; idem de fideicommissario, cessante Trebellianica.*
12. *Dolo facit is, qui petit id, quod statim restituere tenetur.*
13. *Ratione meliorationum habet quis ius retentionis.*
14. *Singulis non conceditur, quod per iudicem expediendum est.*
15. *Ex pacto partium priuata autoritate possessionem ingredi licet.*
16. *Fideicommissario possidente iudex non citato, & audito eo, pro hærede scripto immissionem decernere non potest: & de facto decreta de facto iterum reuocari debet.*
17. *Ordo præscriptus circa remed. l. vlt. C. de edict. D. Hadr. tollend. quando contradictor existit. & num. 30.*
18. *Omisso iuris ordine nullitas committitur.*
19. *Iudex nimis facilis in decernendo debet facilis quoque esse in retractando decretum.*
20. *Sicut priuatus, ita iudex inscium, & absentem possessione sua priuare non potest.*
21. *Possessor etiam iniustus citari debet.*
22. *Cautela pro possessoribus ex Salic.*
23. *Vno possidẽte, & altero ingrediente, si prior possessione non cadit, posterior de ea nihil acquirit.*
24. *Duo in solidum possidere nequeunt.*
25. *Iudex procedens iuris ordine non seruato agere dicitur vt priuatus.*
26. *Vnde si quis non citatus, & auditus à iudice ex possessione eiicitur, vti spoliatus restituitur, & num. 31.*
27. *Si non eiicitur, interdicto retinendæ, vti turbatus, se defendere potest.*
28. *Remedium retinendæ competit etiam ciuili possessori: habet q; hac specie vim aliquo modo remedij restitutorij, num. 29.*
32. *Remedium retinendæ duo continet extrema, turbationem ex parte rei, & possessionem ex parte actoris.*
73. *Qui vi, clam, aut precario possidet, non habet interdictum, vti possidetis.*
34. *Vidua ius retentionis habet in bonis mariti defuncti, donec ei de dote, aliis q; satisfiat.*
35. *Qui iure familiaritatis, aut retentionis fundum detinet, non possidet; nec impedit ingressum hæredis, aut fideicommissarij possidere volentis.*
36. *Apprehensa vna re hæreditaria, totius hæreditatis possessio apprehensa nõ censetur.*
37. *Quæ opinio sub distinctione procedit, tradita ab Vdal. Zas. in l. possideri, in princ. num. 25. ff. de acquir. vel omitt. poss.*
38. *Interdicta adipiscendæ, & retinendæ accumulari possint.*
39. *Fideicommissarius habens verbalem restitutionem agere potest ex l. vlt. C. de edict. D. Hadr. toll. Idem si habet restitutionem legalem. num. 40. etiam aduersus hæredem possidentem. num. 41.*
42. *Fideicommissario post verbalem, aut legalem restitutionẽ competit interdictum quorum bonorum.*
43. *Duas actiones ad eundem finem tendentes intentare actor potest, quoties probabiliter dubitat de genere actionis.*
44. *Ad quemuis actum requiruntur tria, potestas, voluntas, & modus.*
45. *Quod mutatum non probatur, cur stare negetur.*
46. *Nemo præsumitur voluntatem suam mutasse.*
47. *In toto iure generi per speciem derogatur.*
48. *Ius quæsitum nec Princeps tollere potest.*
49. *Quod nostrum est sine facto nostro auferri nobis non potest.*
50. *Vasallus successoribus in feudo praiudicare nequit.*
51. *Priuilegium ob benè merita concessum trãsit in vim contractus: declaratur. n. 67.*
52. *Priuilegium continens clausulam annullatiuam nec contrauentione, nec præscriptione amittitur.*
53. *Priuilegiorum confirmationes nouum ius non tribuunt, antiquum tamen conseruant.*
54. *Consuetudo optima legum, & statutorum interpres.*
55. *Iura posteriora derogant prioribus.*
56. *Priuilegium non vtendo decem annis amittitur.*
57. *Vnicus actus contrauẽtionis sufficit ad præsumptam priuilegij renunciationem.*
58. *Soror est de familia, & agnatione, sed non conseruante.*
59. *Error quandoq; totam dispositionẽ vitiat.*

60. *Argumentum ab enumeratione partium in iure validum est.*
61. *Receptio, siue vsus priuilegij, statuti, legis, &c. nō præsumitur, sed probādus venit.*
62. *Fauori pro se introducto renunciare quiuis potest.*
63. *In fauorem inductum non debet in odium retorqueri.*
64. *Priuilegium ita interpretari nunquā conuenit, vt noxium impetranti fiat.*
65. *Feudum nouum primus adquirens in præiudicium agnatorum alienare, aut in manus Domini refutare potest.*
66. *Hæres tenetur factum defuncti præstare.*
68. *Dissensu à contractibus abire licet.*
69. *Quod non est, confirmari non potest.*

Quæstio I.

NOs Decanus & Doctores Iuridicę Facultatis in Academia Ingolstadiensi, scripsimus proximo superiore anno Consilium, in causa de fideicommisso quodam controuersa inter Illustrem Dominum Ioannem Ernestum Baronem de Sprinzenstein, Curatorem Coniugis suę Helenę, ex vna, & Strenuum Dominum Melchiorem de Rechenberg, ex altera, partibus, & pro iustitia atque veritate conclusimus in fauorem dicti Domini Baronis, per iura, rationes & auctoritates satis, vt opinamur, copiosè in illo nostro Consilio adductas.

Nunc verò offeruntur nobis duo responsa inclytarum Facultatum, Francofortensis ad Oderam & Lipsiensis: quorū prius per omnia nobiscum conuenit; posterius verò per rationes quasdam & motiua in contrariam sententiam inclinat.

Itaq; denuò requisiti, vt motiua & rationes illas, quę intentioni Domini Baronis & nostræ quoad posterius responsum aduersari videntur, resolueremus, non potuimus iusta petenti pro defensione æquissimæ causæ, operam nostram denegare. Facturi autem id sumus, quam poterimus breuissimè, remittendo nos ad pleniorem deductionem, quam in priori nostro Consilio fecimus.

Vtq; ad rem ipsam statim accedamus, fuit prima quęstio, vter ex prędfatis Dominis Litigatoribus in iudicio possessorio iure meliori nitatur, & respōdimus pro Domino Barone, duobus moti fundamentis: Primò quod testamentum, cuius vigore Melchior de Rechenberg immissionem petit, continere videatur duo visibilia vitia, vnum circa sigillationem, alterum circa subscriptionem. Secundò quidquid sit de viribus & solemnitate iam dicti testamenti, quod tamē Baro de Sprinzenstein, vtpote possessor, & ex continenti ius coniugis suæ ex testamento proauito deducere valens, legitimus contradictor existat.

Prioris fundamenti effectum hunc esse asseruimus, quod Dominum Melchiorem de Rechenberg arceat ab impetratione immissionis, *ex l. vlt. C. de edict. D. Hadr. toll.* hæreditatemque Ioannis Georgij de Rechenberg, quam extra bona fideicommisso proauito subiecta reliquit, ad causam intestati deducat, *tit. 1. in princ. de hæred. quæ ab intesta. def.* & à Domini Baronis Coniuge eademq; defuncti sorore, interdicto quorum bonorum illius possessio: (si eam non habet:) auocari possit, *tit. ff. & C. quor. bonor.*

Posterioris verò fundamenti iste effectus est, vt etiam posito quod testamentum, quod pro sua intentione Dominus Melchior de Rechenberg producit, omni visibili vitio careat, nihilominus tamen immissionem iure sperare aut obtinere nequeat *d. l. vlt. vers. si n autem aliquis contradictor C. de edict. D. Hadrian. toll.* vbi disertis verbis decisum legitur, quod legitimo cōtradictore existente, scriptus hæres ab immissione petita remoueatur.

Et quoniam ex actis collegimus, & hodie rursum videmus, quod Dominus Baro de bonis Ioannis Georgij de Rechenberg, quæ extra fideicommissum reliquit non multum sit sollicitus, sed de fideicommisso duntaxat contēdat ideò, relicto in medio primo fundamento, maneamus deinceps in hac suppositione, quod testamentum Ioannis Georgij, eiusdemque vltimi possessoris, visibiliter vitiosum non fuerit, & ostendamus latius, quod nihilominus in possessorio iudicio meliores sint partes Domini Baronis de Sprinzenstein.

Demon-

Demonstrari autem id potest hac argumentatione. quandocunque legitimus contradictor adest, tunc hæres scriptus ex edicto D. Hadri. immitti nequit. *d. vers. sin autem aliquis contradictor.* At verò Dominus Baro nomine Coniugis suę & ratione fideicommissi proauiti legitimus contradictor est; verum igitur, quod in possessionis causa aduersarium suum vincere debeat.

1

Assumptionem iam ante probauimus ex concursu duorum requisitorum, quæ ad legitimam contradictionem alicuius fideicommissarij communissimè DD. re-
2 quirunt, puta, quod ex continenti de suo iure docere possit, & quod sine vitio possideat, *idq; ex Boërio, Gabrielio, Menochio, Bartolo, practica Papiensis, Tiraquello, Rolan. à Valle, & Antonio Fabro probauimus, quibus addi potest fucissima tractatio Ioseph. Ludoui. decis. Perusin. 47. num. 6. Achil. Personal. tract. de adipisce. poss. numer. 407. vers. Si in his igitur & Hartm. Pistor. lib. 4. quæst. iur. q. 10. per tot. præsertim. num. 14. & numer. 24.* vbi ait, omnes concludere *in d. l. fin. C. de edict. D. Hadr. toll.* quoties is, qui de iure suo in continenti probare vult sine vitio possidet, tum pro legitimo contradictore habeatur, atque adeo immissionem petitam impedire possit.

3 De celeri probatione scripsimus, quod hæc res in arbitrio quidem iudicantis versetur, *Propter ea quæ notant gl. & DD. in l. si is à quo, in princ. ff. vt in possess. legat. & in l. 2. C. de edicto. D. Hadrian. toll. & alij in hanc sententiam citati à Menoch. de arbit. iudic. con. 12. & 20. & de recup. poss. remed. 1. num. 283. cum seqq.* tamen si & nobis arbitrari licet, nō possumus videre, quæ longa indago requiratur ad producendum & intelligendum testamentum proauitū, quo ad illum locum, in quo de fideicommisso in fauorem coniugis Domini Baronis clarissimis verbis
4 disponitur: maximè cum vno quasi ore nostri tractent quod illa probatio in continenti fieri intelligatur, quæ instrumētis tantummodo nititur: nam probatio hæc, quę fit per instrumenta, dicitur euidentissima, *c. cum dilecti, & ibi Dec. n. 10. de probat.* atque rem manifestam & notoriam reddere solet. *l. cum precibus C. de probat. l. desiderium C. de posit. Bartol. in l. 1. in princ. ff. de oper. nou. nunciat.* latè *Andreas Tiraquell. de retract. tit. 1. §. 2. gl. 1. num. 10. & in his terminis hoc docuit Bald. in l. 2. C. de edict. D. Hadr. toll. Pet. de Ancheran. in cons. 143. num. 3. alij multi apud Hart. Pistor. d. lib. 4. q. 10. num. 19.*

De possessione Domini Baronis Vxoris suæ nomine statim post mortem Ioannis Georgij corpore & animo apprehensa, acta priora nos docuerunt, & ex his, quæ iam ad nos missa sunt, maiorem aliquantò informationem accepimus, vnde & plura de ea suo loco infra adducemus.

Quoniam igitur vtrunq; requisitum legitimi contradictoris in Domino Barone concurrit, veritatis amore non possumus non fateri, quin circa hoc primum possessorij punctum, sępe memoratus Baro iustam causam foueat: prout & nobiscum per multa fundamenta pulchrè conueniunt Domini Francofortensis.

Amplissima verò Facultas Lipsiensis in sicco suo responso videtur tria obiicere contradictam Domini Baronis possessionem. Primò quod sit adquisita propria auctoritate: Deinde quod non sit confirmata aut approbata à Magistratu: Tertiò, quod è contrario Dominus de Rechéberg decreto & manu iudicis seu Magistratus in possessionem inductus sit, & à subditis fidelitatem acceperit.

Verum, quod pace clarissimi Collegij dixerimus, quamuis istę obiectiones nonnihil momenti habere videantur, insufficientes tamen sunt ad hoc, vt Francofortensium & nostram sententiam euertere queant, aut expugnare.

Ad primam namque respondemus, Dominum Baronem propria auctoritate ingrediendo possessionem rerum fideicommisso proauito subiectarum, permis-
sa à iure vsum esse potestate, ac proinde iniuriam non fecisse, *l. nemo damnum & l. factum cuiq; §. non videtur, ff. de reg. iur. l. Grachus. C. ad l. Iul. de adult. l. colonus, in fin. ff. de vi & vi arm. cum similibus.* Propositionis huius veritas variis rationibus posset ostendi, nos hac vnica contenti erimus. 5

6 Quando fideicommissario facta est restitutio verbalis aut legalis, & fideicommissum nullam patitur detractionē, tunc possessionem vacantem propria auctoritate fideicommissarius inuadere potest, late

late post alios Peregrin. & fideicom. art. 47. numer. 76. Atqui nostro casu habuit Dominus Baro, vel potius Coniunx ipsius restitutionem legalem ex constitutione Iustiniani *in l. sancimus. §. cum autem, C. ad SC. Tre-*
7 *bell.* ni cuius specie in secundũ aut vlteriorem fideicommissarium iura fideicom-
8 missi ipso iure transeunt: Deinde nihil potuit detrahi de fideicommisso, eò quod detractio tantum locum habeat respectu primi fideicommissarij, cui purè, vel saltem breui tempore, post mortem testatoris restituendum fuit *l. 1. §. inde Neratius iunct. l. in fideicommissaria ff. ad SC. Trebell. l. lex falcidia §. nunquam ff. ad l. falcid.* Denique possessio (prout ex facto manifestum est) tempore occupati fideicommissi vacauit. Verum igitur est id, cuius paulò ante meminimus, quod Domini Baronis apprehensio, quantumuis priuatim & auctoritate propria facta, iustissima fuerit, & quod etiamnum iustè atque sine vitio possideat.

Dicas, *licet* legalis restitutio transferat *iura & actiones*, adeoque dominium *in fideicommissarium*, nihilominus ta-
9 men possessionem de manu directi hæredis capere debet, *gloss. in l. 1. §. sed & quoties verb. actiones ff. ad SC. Trebel. Mich. Grass. in §. fideicommissum, q. 43. num. 4. Andr. Tiraquell. in tract. le mort saisit le vif. part. 2. declarat. 11.*
10 *num. 3.* & faciunt in argumentum, quæ de legatario in iure leguntur, in quem dominium quoque iure ipso transit *l. à Titio. in fin. ff. de furt. l. legatũ ita ff. de legat. 2.* Sed possessionem ab hærede accipere debet, *l. 1. §. & continet ff. quor. legat.* Verùm respondemus, nos non sine causa, ad iustificandam possessionem Domini Baronis, legali restitutioni etiam hoc adiecisse, quod in præsenti casu nulla possit quartę detractio fieri; rectè enim dicitur, quod fideicommissum vniuersale æquiparari soleat legato, quoties de quartæ detractione quæstio incidit; quia sicut ob commodum hæredis, quod habet ratione falcidiæ, æquum est, ipsi inscio & inuito possessionem legati non eripi; ita si Trebellianica deducenda est, hæres inuitus possessione fideicommissi priuari non debet, quod si certo constat quæstionem de Falcidia aut Trebellanica cessare, tunc legatarius & fideicommissarius pari passu iterum ambulant, in eo, quod vtriq; legati & fideicom-
11 missi vacantem possessionem auctoritate propria occupare ita liceat, vt nullo interdicto auocari ab illis possit, *ita text. in l. 1. C. quor. legat. vbi sic decidit post. Placentin. gl. in verb. vt retentioni ead. gl. in l. 1. in princ. verb. vt proinde ff. eod. vbi & Bart. nu. 4. quam sententiam sequuntur. Marant. in spec. part. 4. dist. 7. num. 9. Iacob. Menoch. de adipiscend. poss. remed. 2. nu. 6. cum aliquot. seqq. Pereg. prin. de fideicom. art. 47. num. 59. cum duob. seqq.* Quare, cum secundum supradicta, nostra specie etiam certò constet, quod de Trebellianica quæstio nulla incidere possit, manifeste sequitur, quod sicut cessante falcidia, legatarius impunè occupat legati vacantem possessionem, ita cessante Trebellianica fideicommissarius restitutionem legalem habens eodem iure vti valeat.

12 Et hic demum casus & sensus est, quo vnanimiter, & sine hęsitatione concedũt, quod fideicommissarius post legalem restitutionem propria auctoritate possessionem fideicommissi vacãtem ingrediens, iustè possideat, & legitimus sit Contradictor, *vti præclarè testantur Peregrin. d. art. 47. num. 76. Grassus. d. q. 43. num. 9. & 10. Menoch. d. remed. 4. num. 638.*

Et habet summam inde rationem, quod apertè in dolo esset ille hæres, qui peteret fideicommissi possessionem, circa quam nullũ haberet interesse, & quam ob paratas possessoris probationes ex continenti deberet restituere *l. in condemnatione. §. fin. ff. de reg. iur. c. dolo facit eod. lib. 6.*

Rursum dicas, concedendo, quod Dominus de Rechenberg scriptus hæres non habeat aliquod interesse in fideicommisso ratione Trebellianicæ: habere autem posse, ratione aliarum detractionum, vt melioramentorum, vtilium expensarum, &c. & sic possessionem ipsius adhuc
13 vitiosam videri, *per notata à Peregrin. d. art. 47. nu. 69.* Respondemus, ex facto nos didicisse, quod tantum absit, vt hæres iste detrahere aliquid possit ob expensas & meliorationes, vt ipse potius hæreditaria actione conueniri queat, propter magnũ æs alienum, adeoq; deterio rationes, qui-

bus nuperrimè defunctus Ioannes Georgius de Rechenberg fideicommissum onerauit.

Sequitur secunda obiectio, possessionem Domini Baronis iudicem non firmasse, aut approbasse. Respondemus, eo ipso, quod ob hactenus deducta, potuit possessio priuatim & auctoritate propria apprehendi, nō fuit necessaria auctoritas & confirmatio iudicis, cum suo iure vtens, iniuriam nec iudici nec parti faciat, *per supra dicta*, & facit vlterius iuris regula, quæ
14 singulis non conceditur, quod per iudicem expediendum est, *l. non est singulis, ff. de reg. iur.* ergo à contrario sensu, quod per iudicem expediri necesse non est, id singulis conceditur; faciunt etiam, quæ tradunt *in l. creditores, C. de pign. & hypothec.*
15 de pacto auctoritate priuata ingrediendi possessionem pignoris, quia si ex placito partium seu pacto sine iudice possessionem apprehendere licet, quidni etiam liceret ex placito iuris?

Cæterum quamuis verè dicatur, quod auctoritas & confirmatio iudicis ad hunc possidendi actum necessaria non fuerit, interim tamen negari non potest, quin intimatio apprehensæ possessionis & subsecutæ ꝓtestationes in actis lit. E & F contentæ, & ad iudicem, re adhuc integra, directæ, summè vtiles Domino Baroni sint, ad effectum euertendi decretum de immittendo scripto hærede, post intimationem & protestationes subsecutum, prout declarabitur infra latius.

Tertium obiectum, quod Dominus de Rechenberg decreto & manu iudicis in possessionem inductus sit, fidelitatemque à subditis acceperit, & sic quod possessio hęc auctoritate iudicis decreta, maioris sit momenti, atq; illa Domini Baronis priuatim obtenta, maiorem habere videtur difficultatē. Verùm, qui eā penitius inspexerit, facillimo negotio intelliget, decretum hoc de immittendo, fortè sub: & obreptitiè impetratum, nullum, adeoque actus putatiuè possessorios non tam pro actibus iustæ possessionis, quam pro turbatione in possessione antiquiori, habendos esse.

Vtrumque hoc dictum iam ante breuiter attigimus in priore nostro Consilio, *q. 1. ferè circa fin.* & est res per se prorsus clara & euidens. Quia si possessio bonorum, quę in hęreditate reperiuntur, non est vacans, sed iam à fideicommissario occupa-
16 ta, tunc iudex, nō citato nec audito de suo iure fideicommissario, immissionem pro scripto hærede decernere non potest, & de facto decreta, de facto iterum reuocari & annullari debet, *ita ex Bartoli, Ancharani, & Menochij traditionibus in loco citato scripsimus, & tenent, vltra hos latißime And. Tiraq. in tract. de H. connubialib. verbo contractet n. 5. & M. Ant. Peregri. in tract. de fideicom. art. 48. n. 18.* estq; sententia tam frequens & certa, vt non iniuria in hæc verba proruperit *Menoch. in reme. 4. adip. poß. n. 447.* Verè neminē esse qui dissentiat: Probatur autem euidenter ex *sæpe cit. l. fin. C. de edict. D. Hadr. toll. ibi:* Sin autem aliquis contradictor extiterit (vt nostro casu Dominus Baro) tunc in iudicio competenti causæ in possessionem missionis, & subsecutę contradictionis ventilentur, & ei possessio adquiratur, qui potiora ex legitimis modis iura ostenderit, siue qui missus est, siue qui antea de-
17 tinens contradicendum putauit. Ecce ordinem procedendi diligenter à sacratissimo Principe Iustiniano pręscriptū, quem cum ob importunas fortè preces Domini de Rechenberg iudex non obseruauit, sed, vt loquuntur, fulminanter, non citato, multo minus audito Domino Barone, vtpote possessore & cōtradictore, immissionem pro Domino de Rechenberg decreuit, sanè nullitas magna commissa est,
18 tam propter nō factam citationem, quam propter omissum ordinem à iure disertis verbis præfinitum, *videatur Sebast. Vant. in tract. de nullit. cap. 12. de nullit. ex def. citat. &*
19 *cap. 13. de nullit. ex def. proceß.* & sicut iudex nimis facilis fuit in decernendo, ita & facilis esse debet in retractando decretum, sine iuris ordine & de facto emanatum *l. 1. §. hoc edictū ff. si mul. vertr. nom. gl in l. minor. in princ. verb. secus ff. de euiction. Ioseph. Ludou. supra cit. decis. 47. num. 22.* vbi ex facto testatur, quod partes iudicis in Curia Perusina agens, immissionem talem à se datam reuocauerit, *allegat l. fin. C. si per vim vel. ali. mod. & l. meminerint, C. vnde vi.* in quarum
20 specie æquè denegatur iudici potestas possessorem inscium & absentem in sua possessione turbare aut ipsum spoliare,

atque

atque priuato id permissum non est, *arg. tit. ff. & C. vnde vi, & vti possidetis.*

Quæ sanè nostro casu, ob duas circumstãtias, fortissimè procedunt; primò quod
21 Domini Baronis possessio iusta sit, cum tamen possessor etiam iniustus debeat citari. *l. colonus, & l. cum fundum, ff. de vi & vi armat. gl. notab. in c. licet Episcopus, de præbend. lib. 6.* licet quis possideat, *ait gl.* rem prima facie contra ius, tamen non potest ab ipso possessio auelli, illo non vocato.

Deinde quod possessio Domini Baronis nullo modo clandestina fuerit, sed & iudici & parti aduersæ notissima, ob insinuationes & protestationes vtriq; factas, & nobis sub lit. E & F. exhibitas. Hæc enim
22 illa cautela est, quam dant scribentes *apud Peregrin. in tract. de fideicom. artic. 48. num. 18.* cautela est, *inquit Peregrin⁹ ex Saliceto*, quod possessor, quicunq; sit, compareat in actis, & protestetur iudici & parti, quod vigore alicuius pronunciationis factæ, vel fiendæ, in prædicto casu nullam faciat missionem in talem & talem rem, ab eo tentam & *possessam* vero & legitimo titulo & modo, nisi prius eo legitimè citato & conuicto, cum sit paratus cõtradicere; aliâs protestatur de facto & iniustitia & de nullitate eius quod fieret, & de omni suo damno & interesse. Jstæ protestationes ligant manus iudicum, & partis, ne possint prætendere ignorantiam, & ne possint facere aliquid parte non citata; aliâs inciderent in pœnam *legis meminerint, C. vnd. vi.* Hæc *ex Saliceto*, & aliorum sententia *Peregrinus*, quibus omnibus abundè satisfactum est à Domino Barone, per instrumenta paulò ante ex actis allegata.

Quod iam secundam partem nostræ responsionis ad tertiam obiectionem attinet, scilicet etsi res non manserit in terminis decreti de immittendo, sed etiam executio decreti siue realis inductio in possessionem, & quidem manu prætoria, facta sit; quod tamen talis executio Domino de Rechenberg possessionem non dederit, sed potius totum, quod gestum est, pro turbatione iustæ & antiquioris possessionis haberi debeat; rationem inde habet, quod ex informatione accepta Dominus Baro possessionem in hodiernum adhuc diem non deseruit: non corpore, quia cum Coniuge & familia adhuc in Castro Wartenberg præcipuo fideicommissi loco habitat: multo minus animo, quia ob retentionem possessionis omnem hunc processum instituit. Jam verò iure nostro ita cautum
23 est, si aliquis est in possessione, & alter ingrediendo, eum resistentem non expellit, quod prior ille possessionem suam retineat. *l. si id quod §. fin. l. quod meo §. fin ff. de adquir. vel amitt. poss. l. idem est §. Si quis autem cum duobus seqq. ff. de vi & vi armat. & ibi gl. magna, in verb. directum. Zas. in d. §. fin. l. quod meo, num. 3.* & posterior de possessione nihil adquirat, cum duo possidere in solidam
24 eandem rem nequeant *l. possideri. §. ex contrario, ff. de adquirenda vel amitt. poss.*

Et hoc est quod passim docent iuris nostri interpretes, quod missio in possessionem, & subsequens executio, auctoritate iudicis facta, non priuat possessorem sua possessione, *Peregrin. d. artic. 48. num. 36.* exaudiendum namque id est, in casu, quo possessor in sua possessione se tuetur: aliâs si eam desereret, & alterum ingredi pateretur, tunc priuaretur ea, non tantum si ille ingressus iussu iudicis fieret, sed etiam si priuatus sua auctoritate tale quid tentaret. *tot. titul. ff. & C. vnde vi.*

Obiicias, videri quid maius esse & potentius, si quis ingrediatur possessionem auctore prætore, quam si sibi priuatim velit per ingressum prospicere; respondemus, nos iam dixisse quod prorsus
35 idem sit, quia iudex procedens iuris ordine non seruato agere dicitur vti priuatus, maximè si procedit parte non citata, aut non audita cum defensionibus suis, eleganti. *Aymon. Crauet. in consil. 302. numer. 3. vers. Sed dicet aliquis, & post eum Iacobus Menochius remed. 8. recup. possess. nu-*
36 *mer. 23. cum seqq.* Vnde si in memorato casu non citatæ aut auditæ partis, iudicis manu & ductu quis possessione sua eiicitur, vti spoliatus restituitur, *d. l. meminerint, C. vnde vi, & d. l. vlt. C. si per vim vel. ali. mod. Crauett. & Menoch. cit. locis.* Si non eiicitur, sed tamen molestatur in sua posses-

27 sessione, interdicto retinendæ tanquam
turbatus se defendere potest, *Menochius
post Bald. & Beroi, remed. 3. retinend. possess.
numer. 474.* hisce verbis: iudicialiter tur-
bat, qui alterius possessionem ingreditur
ex decreto iudicis inualido, cum is ingre-
diens scit, vel ratione naturali scire po-
test, decretum esse inualidum, vt quia
concessum fuit parte non citata, *decla-
rat latius Peregrinus de fideicom. artic. 47. nu-
mer. 25.*

Jmmo ponamus quod Dominus Ba-
ro in naturali sua possessione detrimen-
tum aliquod cœperit, adeoque iam pro
parte amiserit, quia tamen ex processu, à
die quo Dominus de Rechenberg ipsum
molestare cœpit, in hunc vsque diem,
28 manifestissimum est, quod ciuilem suam
possessionem in animo nunquam dimi-
serit, sed extra & intra iudicium omni
possibili modo defensauerit, nihilomi-
nus pro retinenda hac ciuili possessione
interdictum ei competit. *Menoch. ex om-
nium sententia, d. remed. 3. retin. poss. num. 22.*
29 *cum seqq.* habetque hac specie remedium
hoc retinendæ vim, aliquo modo & in
necessarium antecedens, restitutorij, pro-
terea quod nemo in sua ciuili possessio-
ne quietus esse possit, nisi ipsi restituatur
etiam possessio naturalis, *ita declarat. Me-
noch. iam dicto loco, & Peregrin. d. art. 47. num.
25. vers. & hoc casu.*

Recapitulando nunc omnia hactenus
dicta & probata, facile quiuis sibi persua-
dere poterit, veram esse conclusionem
nostram, & tria illa obiecta nouiter con-
tra Dominum Baronem & priorem no-
stram consultationem facta, molliora es-
se, quàm vt ad damni quidquam in hac
possessionis quæstione inferendum vale-
ant.

Cæterum, quoniam intelligimus
quod vigore nouissimi Cæsarei decreti
Dominus Baro deinceps iudicio experiri
velit & debeat, non abs re erit, dicta illa &
probata ad praxin & forum accommoda-
re & ostendere, qua via quoue ordine in
iudicium deduci, & ex eis Dominus Baro
victoriam sibi polliceri possit.

Et sanè si initio huius litis iuris via pro-
cessum fuisset, tunc Dominus de Rechen-
berg non ita fulminanter, & nimis
leuato velo immitti debuisset, sed sustine-
re onera Actoris, & vigore testamenti à
se producti immissionem *ex l. vlt. C. de
edict. D. Hadrian. toll.* petere: Dominus Ba-
ro autem, vt possessor, ad hanc petitio-
nem fuisset citandus, & sic reus constitu-
30 endus, cumque iuribus suis & defensioni-
bus audiendus, hic namque procedendi
ordo expresè præfinitus est, *in d. l. vlt. vers.
sin autem aliquis contradictor.* Et in hoc con-
gressu Dominus Baro, nostra quidem sen-
tentia, tanquam legitimus contradictor,
qui iura sua ex testamento proauito in
promptu habebat, & iustè possidebat, im-
pediuisset immissionem Domini Acto-
ris, atque adeò Victoriam in tali possesso-
rio iudicio reportasset, *per ea quæ longè late-
que in præcedentibus tractata sunt.*

Sed cum res in hoc statu amplius non
sit propter impetratam iudicialem im-
missionem ex parte Domini de Rechen-
berg, adeoque Dominus Baro pro re na-
ta cogatur Actoris partes suscipere, si mo-
do pacificam possessionem habere vult,
iam alia iuris remedia sunt quærenda. Et
quidem si Dominus Baro per ingressum
aduersarij possessione sua priuatus fuisset,
31 tunc interdicto vnde vi, vel potius ob in-
teruentum iudicis condictione *ex l. memi-
nerint, C. vnd. vi* posset experiri, iudicisq;
partes essent, ipsum ante omnia (hoc est
non discussis iuribus moderni possesso-
ris) suæ possessioni restituere, *ita Achill.
Persona. l. in tract. adipisc. poss. numer. 268. cum
aliquot. seqq.* qui planè in terminis nostris
loquitur, & omnia ad hunc locum perti-
nentia fusissimè explicat, quibus possunt
adiungi ea, quæ habet *Iacob. Menoch. de
remedio ex d. l. meminerint, in tract. de recup.
poss. remed. 8. per tot.*

Quoniam verò, vt supponimus, Do-
minus Baro possessione sua se spoliari pas-
sus non est, sed in ea se, quantum potuit,
defendit, commodissimum erit, Domino
de Rechenberg Reo conueniendo inten-
tare possessorium retinédæ, actionem sci-
licet in factum ex interdicto vti posside-
32 tis. Nam hæc actio duo continet extre-
ma, turbationem ex parte Rei, & posses-
sionem ex parte actoris, *Bartol. in l. 1. §. hoc
interdictum numer. 5. & 6. Robert. Marant.*
in

in specul.part.4.distinct.7. num.14.& clarius in tract.de remed.poss.nu.13.cum seqq. Quorum vtrumque in processu monstrari valide potest. Quod enim turbationem attinet, iam supra ostendimus, iudicialem illam immissionem & executionem subsecutam (cum tanta vi facta non sit, vt possessorem sua possessione priuauerit) nihil aliud esse quàm iniustam turbationem & molestationem, quæ nec hodie cessat, sed magis magisque, actis attestantibus, inualescit, & sic quoad extremum turbationis res ipsa satis superque loquitur.

Extremū possessionis ex parte Domini Baronis ex facto, vt modò diximus, supponitur, quod ipse & ipsius Domina Coniunx, post mortem vltimi possessoris fideicommissi, vacante possessione in Castro Wartenberg, primario fideicommissi loco, (vbi adhuc hodie degunt:) sedem posuerunt, varios actus possessorios exercuerunt, præsertim per obsignationem Archiui deß Brieffgewelb / &c. & animum possidendi apud se non retinuerunt, sed *iudicis & aduersarij* auribus, & oculis, *voce, literis*q; subiecerunt: quæ omnia non tantū ad apprehendendam possessionem sufficientissima sunt, *l.3.§. & adipiscimur, ff. de adquire.vel amit.poss.* Verùm etiam euincunt, quod possessio ista non vi, non clàm,
33 non precario (talem enim possessionem prætor in interdicto vti possidetis non agnoscit. *l.1.in princ. & §.fin ff. vti possid. Marant. d. tract. de remed. possess.n.16. cum seqq.*) sed iustè fuerit adquisita.

Accepimus quidem, quod contra hanc possessionē, quasi plena non sit, quædam obiiciantur: vt quod vidua defuncti Joannis Georgij de Rechenberg tempore apprehēsionis in loco commorata fuerit, & in perceptione redituum aliarumq; commoditatū permanserit: deinde quod Dominus Baro non singulas res & iura ad fideicommissum pertinentia apprehenderit. Verum ista vel leuiora sunt, quam quod Baroni noceant, vel certè quæsito remedio declinari facile possunt.

Quamuis enim Vidua præfato modo ibi manserit, & ex reditibus se sustentârit, tamen ipsa non possedit, sed in possessione duntaxat fuit iure familiaritatis, sicut
34 tempore mariti viuentis, vel ad summum iure retentionis vsa est, donec ei de dote & aliis debitis satisfieret, id quod iure ei concessum erat, *Bald.in l penult. C. de pign. action. & post eum notanter Ias. in §. item seruiana, num.72. Instit.de actionib. Anton. Negusant.in tract.de pign.in 4.membr.5.part.nu.15.*
35 *Ioseph Ludou.decis. Perus.12. num 18.* At qui iure familiaritatis, aut retētionis fundum detinet, non possidet, licet corpore in fundo sit *l.qui iure ff.de adquir.vel amitt.poss.* nec impedit talis tenuta seu detētatio hæredem vel fideicommissarium, quo minus possessionem apprehendere, & continuare valeat. Nam & colonus, & inquilinus, aliique his similes in prædio sunt, & tamen non possident, nec domini possessionem impediunt *l.certè si interim, §. is qui rogauit ff.de precar.*

Idque eo fortius hoc casu procedit, quo Vidua mortuo marito se nunquam, vel saltem (ita acta testantur sub lit.F.) non ante apprehensam possessionem à Domino Barone, declarauit, quod velit possidere; censetur ergo iure familiaritatis in possessione mansisse, *per tradita à Curtio Iun.cons.168.num.35.& 36.*

Difficilior est illa obiectio, qua dicitur, Dominum Baronem in Castro Wartenberg certa tantummodo loca, etliche Zimmer vnd Stallung / occupasse, non autem subiectionis fidelitatem à subditis accepisse, nec aliter regimen, aut œconomiam die Regierung / Hoff vnd Haußhaltung suscepisse, & sic non posse dici, quod plenus totius fideicōmissi possessor effectus
36 sit, ob probabiliorem DD. sententiam, quod apprehensa vna re hæreditaria, totius hæreditatis possessio apprehensa non censeatur, *Ioach. Mynsing.cent.3.obseruat.39. And.Geil.lib.2.obseruat.129.num.6.Vdalr.Zas.*
37 *in consil.10.num.6.vol.1.* posset tamen responderi, sub distinctione, quam tradit *idē Zas. in l.possideri, in princip. numer.25.ff.de adqui. vel omitt.poss.* esse inspiciendum, an fideicōmissum contineat plures res seu bona à parte rei prorsus separata, & tantum conuenientia in toto aliquo vniuersali, nempe ipsius fideicommissi: an verò contineat tales res, quæ per se ipsæ ad totum aliquod integrale referuntur.

Primo namque casu verum est, quod dicitur, non obstante illa vniuersali conueni-

uenientia in animo potius, quàm in re ipsa consistente, apprehensa vna re, reliquas ab ipsa separatas non censeri apprehensas; quia possessio, quoad acquirendũ, tota facti est, nec de vna re adquisita, ad alteram omninò separatam extenditur, quantumuis iuris commento pro vna habeantur, *text. est in l. prædia. ff. de acquir. vel amitt. poss. & notat gloss. in l. possideri, in princ. verb. quamlibet, eodem.* Quod si verò plures res, per se ipsæ totum aliquod integrale constituunt: tunc ex vtilitate receptum est, vt parte illius apprehensâ totum censeatur apprehensum, quotiescunque totum illud vacare solet, *arg. text. in d. l. possideri, in princ. & facit text. in l. vulgaris est quæstio, per tot. ff. de furt.* vbi dicit IC. vulgarem esse quæstionem, qui tangit aurem, an dicatur tetigisse hominem: & concludit ita esse.

Quibus consequens est: (Sunt verba *Zas. in d. l. possideri, in princ. numer. 20.*) quod apprehensa possessione Castri vel territorij alicuius, iam censeatur apprehẽsa possessio omnium earum rerum, quæ in solo Castri vel toto illo territorio continen- 39
tur, & quæ ad illud pertinent, &c.

Conuenienter huic doctrinę & distin- 40
ctioni posset fortè defendi plena possessio Domini Baronis, si omnia ad fideicommissum pertinentia integrarent solum Castrum Wartenberg, quia cum in eo domicilium fixit, & quidem animo habendi totum, etiam non opus fuit singulas partes, seu pertinentias illius Castri apprehendere, vel singula iura quæ illi Castro 41
debentur exercere, sicut nec in fundo vacuo quis singulas glebas circumambulare tenetur.

Cæterum cùm hæc res in facto prorsus consistat, & nos informationem certam non habeamus, quænam sit connexio aut separatio rerum fideicõmisso subiectarum, vel quomodo Dominus Baro in apprehendenda possessione per omnia se gesserit, nihil ob defectum informationis sufficientis definitiuè asserere, aut pedem omnino figere possumus. Sed placet nobis ad deuitãdas disputationes in puncto, an plenè sit apprehensa possessio fideicommissi necne? vt cum remedio re- 42
tinendæ conditionaliter & euentualiter

38 cumuletur remedium adipiscendæ: licet enim in iure magna sit quæstio, an hæc duo remedia ob repugnantiam, quam continere videntur, cumulari possint, *quam tractant in l naturaliter, §. nihil commune, ff. de adquir. vel amitt. poss.* concordant tamen in hoc, quod diuerso respectu, id est, ratione diuersarum possessionum, aut rerum talis cumulatio fieri queat, *ita Paulus de Castr. in cons. 79. lib. 2. quem sequuntur Andreas Tiraq. in tract. le mort saisit le vif. part. 6. declarat. 3. Iacob. Menoch. de recup. poss. remed. 2. num. 108. & remed. 4. num. 502. Achill. Personal. de adipisc. poss. num. 442.* Et sic petere potest in conclusione libelli Dominus Baro, se conseruari à iudice in sua possessione absque vlteriore molestatione Domini de Rechenberg, & casu quo non omnia ad fideicommissum pertinentia, ob impedimentum aduersarij sui, apprehendisset, sibi eorum possessioné addici.

Remedium autem illud adipiscendæ potest esse *ex l. vlt. C. de edict. D. Hadria. toll.* producendo testamentum proauitum omni visibili vitio carens, quia de his duobus apud DD. constat, primum quod sicut fideicommissario habenti verbalem restitutionem remedium, *ex d. l. vlt.* competit, ita & illi competat, qui habet legalem, sicuti in proposito Domini Baronis coniunx. *Anton. Gomez. tom. 1. Variar. resolut. c. 5. num. 30. post Bart. & cæteros DD. Marc. Anton. Peregrin. de fideicom. art. 48 num. 14.* vbi ait, quod hæc sit omnium probata conclusio, *Achill. Personal. de adipi. poss. num. 185. vers. sed ego his breuiter.* Deinde constat quod possit intentari hoc remedium per fideicommissarium legali restitutione gaudentem hæredi etiam possidenti, *ita ex communi Iacob. Menoch. sæped. remed. 4. adipisc. poss. numer. 187. & post eum. Peregrin. d. art. 48. num. 15.* vbi dicit, contra Salicetum dissentientem, communem stare resolutionem, & habet fundamentum *in d. l. vlt. C. de edict. D. Hadr. toll.* ibi, non autem legitimo modo ab alio detinentur.

Vel etiam potest aliud cumulari remedium adipiscendæ cum remedio retinendæ, puta actio in factum ex interdicto quorum bonorum, nam & in hoc conueniunt nostri, quod fideicommissario post verbalem aut legalem restitutionem hæc

actio iure competat, *ita omniũ latiſſimè probat Peregrin. in art. 46. per tot. præſertim nu. 2.*

Immò, ſi dubitant Domini Baronis Aduocati, vtrum ſit vtilius aut congruentius, ad cautelam hæc duo remedia adipiſcendę, ex *d. l. vlt.* & ex interdicto quorum bonorum coniungi, & cum remedio retinendæ ſimul intentari poſſunt; licet enim ad eundem finem, nempe ad poſſeſſionem adipiſcendam vtrumque tendat, ta-
43 men cumulatio hæc ſuſtinetur, quoties actor probabiliter dubitat de genere actionis. *Andr. Gail. lib. 1. obſ. 63. nu. 3.*

Et ſi quis diligenter aduertat ad ea, quæ & iam, & priore noſtro Conſilio adduximus, non tantùm facilè probabit intentionem Domini Actoris pro natura intentati remedij, verùm etiam ſine magno molimine declinabit, quæ Dominus de Rechenberg ratione decreti pro ſe impetrati, vel aliàs excipiendo opponet: Vt hinc non dubitemus, quin apud æquiſſimum iudicem in æquiſſimâ causâ ſperatam victoriam, in hoc poſſeſſorio iudicio propediem inſtituendo, ſuo tempore ſit *reportaturus.*

Quæſtio II.

PROCEDENDO nunc ac ſecundam & quidem proprietatis cauſam, ſeu quæſtionem, innixi teſtamento proauito, & fideicommiſſo in illo inſtituto, circa eam rurſus pro Domino Barone concluſimus, quæ ſententia, vt conſiſtat, & ab obiectionibus aliundè factis defendatur, ante omnia per modum pręmiſſi ſciendum eſt.

Celebrem quidem eſſe & veram no-
44 ſtrorum traditionem, ad validitatem cuiuſque actus, præſertim morientis, tria requiri, voluntatem ſcilicet, poteſtatem, & modum, ſiue formam à iure pręſcriptam. *l. in teſtamento. Cod. de teſtam. milit. iunct. l. ſi quæramus. ff. qui teſtam. fac. poſſ. Bald. in conſ. 14. num. 34. & conſ. 183 nu. 8. vol. 2.*

In præſenti tamen conſultatione non agemus de voluntate Georgij de Rechenberg fideicommittentis, ea namq; ex verbis teſtamenti ſui, *in §.* Vnd da Melchior/ꝛc. ita clara eſt, vt nihil hoc tempore aduerſus eam amplius obiiciatur.

Non etiam agemus de forma ſeu ſolemnitate teſtamenti, cui fideicommiſſum inſertum eſt, quia ne aduerſa quidem pars quidquam habet, quod circa ſolemnia taxet aut opponat.

Examinabimus autem & diſcutiemus tertium, & iam controuerſum requiſitum, an ſcilicet potuerit Georgius de Rechenberg tale fideicommiſſum ſuo teſtamento inſtituere, quo extantibus de ſua parentela maſculis fœminæ vocarentur?

Nos priore noſtro Conſilio cum regula trãſiuimus, ita ratiocinando, teſtandi, adeoq́ue etiam fideicommittendi poteſtas omnibus eſt permiſſa, quibus ſpeciatim interdicta nõ reperitur. Atqui Georgio de Rechenberg, piæ memoriæ, lege, ſtatuto, priuilegio, conſuetudine, aut alia quacunque ratione interdictum non erat, ad fideicommiſſum vocandi fœminas, exiſtentibus maſculis de familia Rechenbergiorum; ergo ſicut in voluntate & ſolemnitate fideicommittendi ex præmiſſis defectus nullus eſt, ita nec in poteſtate eſt; & per conſecutionem, Domina Helena de Rechenberg, Domini Baronis Coniunx, quam, vtpote proximiorem, verba liciti fideicommiſſi tangunt, ad fideicommiſſum præ cæteris omnibus acceſſum habere debet.

Huic argumentationi obiicitur priuilegium familiæ de Rechenberg, Anno M. D. VIII. à Sigiſmundo Poloniæ Rege cum tali tenore impetratum, quod liberũ quidem ſit Nobilibus de Rechenberg, de bonis ſuis etiam feudalibus pro libitu diſponere. Doch mit dem Beſcheidt/ daß ſolche Güter nicht erſt noch eher an Weibliche Geſchlecht/ der von Rechenberg kommen/ es ſey dann/ daß die von Rechenberg Mannlichs Stammens alle verſchieden/ vnd durch den Todt verblichen ſeyn. Vigore igitur huius priuilegij ſublata fuit poteſtas Georgio de Rechẽberg, fideicommiſſo honorare fœminam extante maſculo de illa familia; & ſic quamuis iure communi, & ſecundum literam teſtamenti proauiti, Domini Baronis Coniunx ad fideicommiſſum acceſſum haberet, iure tamen & priuilegio ſpeciali (quod iuri communi derogat) ab eo excluſa manet, & bona fideicommiſſo ob

defectum potestatis nulliter grauata, in iudicio petitorio Melchiori de Rechenberg adiudicanda veniunt.

Nos cum existimemus allegatum priuilegium iam pridem euanuisse, hæc duo præstabimus. Primò adferemus motiua omnia, & rationes, quibus hodiernus vigor dicti priuilegii specialis ex aduerso suadetur, vel suaderi posse videtur: deinde constabilitâ nostrâ sententiâ contrariis motiuis, rationibusq; sigillatim occurremus.

Itaque sic initio arguunt: Dominus Baro non probauit, nec probare potest, quod priuilegium familiare ab impetrantibus, eorumve successoribus expresse reuocatum, aut à concedente, eiusve succes-
45 soribus abrogatum fuerit, cuius ergo mutatio non probatur, cur stare negetur, *contra text. in l. sancimus. C. de testam. in l. præcipimus. in fin. C. de appellat.* & contra notissi-
46 mam iuris præsumptionẽ, qua quis in ea voluntate, quam semel exprompsit, perseuerare intelligitur. *l. 3. & l. eum. ff. de prob. Ioseph. Mascard. de probat. concl. 1416. num. 1. Nico. Euerh. præs. in loco à temp. ad tempus. nu. 6.* & in terminis de priuilegiis loquens *Iacob. Menoch. lib. 6. de præsumpt. præs. 41. num. 1.*

Secundò & fortius arguunt, quod non tantùm expressa abrogatio priuilegij familiæ ostendi nequeat, sed potius viridis ipsius & perpetua obseruantia in aperto sit.

Nam conuenienter illi Anno M. D. XXXVI. testatus est Joannes de Rechenberg, qui cum filias duas haberet, certam portiorem ipsis in pecunia & mobilibus quibusdam assignauit: immobilia autem inter fratrem, & quosdam agnatos diuisit. Eandem curam & diligentiam circa masculos saltem in prioribus gradibus habuit in Anno M. D. LIII. Georgius de Rechenberg fideicommissi institutor. Vt hinc nuper defuncti Joannis Georgij de Rechenberg testamentum, in quo proximum agnatum Melchiorem heredem instituit, priuilegio familiæ, & iugi per tanta temporum interualla obseruantiæ omninò conforme, adeoque sequendum potius sit, quàm id, quod paulò antè commemoratus Georgius de Rechenberg fœminas, extante masculo, vocando disposuit, &c.

Quibus iam tertiò consequens est, quandoquidem priuilegium familiæ receptum, vsuque seruatum videmus, quod Dominus Baro de Sprinzenstein non possit inniti priuilegio communi, Anno M. D. XIII. toti Nobilitati in magno Du-
47 catu Glogouiæ concesso; eò quòd in toto iure generi per speciem derogetur, & illud potissimum habeatur, quod ad speciem directum est, *sunt verba text. in l. in toto iure. ff. de reg. iur. cui concordant c. generi. eod. lib. 6. l. seruis vrbanis. in fin. ff. de legat. 3. l. sanctio legum. ff. de pæn. Iacob Menoch. lib. 6. de præsumpt. præs. 40. nu. 2.* vbi ad propositum pro regula statuẽdum tradit, secundo priuilegio, nulla primi mentione factâ, non præsumi atque censeri derogatum & sublatum primum.

Quartò ponamus fuisse mentem Principis priuilegio suo generali, eoq; posteriori, derogare primo speciali, id tamen Princeps non potuit iustè facere, cum primo illo speciali priuilegio ius agnatis ex familia Rechenbergiorum quæsitum fue-
48 rit, quod Princeps parificando fœminas masculis in præiudicium agnationis tollere haud quaquam potuit. *per ea quæ susissimè scribit Anton. Gabr. lib. 3. comm. concl. tit. de iure quæsit. non toll. concl. 1. cum aliquot seqq.* & quæ tradunt feudistæ *apud Herm. Vult. in lib. 1. de feud. c. 7. num. 105. circa fin.* quod Princeps contra tenorem primæ inuestituræ non possit alterare conditiones feudi, aut aliter præiudicare iis, qui ius quæsitum ex illa inuestitura habent.

Quintò sicut Princeps priuilegio familiæ non potuit per subsequens priuilegium derogare, ita nec tunc temporis viuentes ex illa familia in necem & præiudicium successorum ex priuilegio antea ob-
49 tento, ius quæsitum habentium illud petere aut impetrare; quod enim nostrum est, siue ius sit, siue res alia, sine facto nostro nobis auferri, & ad alium transferri non potest. *l. id, quod nostrum, cum similibus, ff de reg. iur. Alexand. in cons. 25. num. 4. vol. 4.* & facit feudistarum doctrina, quod feudum vasallo tantummodo ad vitam censeatur concessum, ea lege, vt post mortem adquirentis illud ex eadem concessione

per-

peruenjat ad succeſſorem, vt proinde in-
50 tegrum non ſit vaſallo, alienando feudum alterando ipſius naturam, vel alia quauis ratione ſucceſſoribus præiudicare, *eleganter poſt alios Hartm. Piſtor. lib. 2. quæſtion. iur. part. 1. q. 4. n. 18.* Et videntur hoc loco valdè concludere ea, quæ in materia feudorum auctoribus noſtris placuerunt; quia priuilegia, de quibus agimus, & quæ teſtandi facultatem concedunt, non tam de allodiis (de quibus iure communi teſtari licet) quam de feudis diſponunt.

51 Sextò, quotieſcunque priuilegium conceditur ob benemerita, tunc tranſit in vim contractus, nec vlla ratione reuocari poteſt, *Carol. Tapia in l. vlt. part. 2. c. 9 num. 6. ff. de conſtit. Princip. Iacob. Menoch. in conſ. 75. nu. 43. & ſeq. &c.*

His ſeptimò accedit clauſula priuilegio familiari inſerta. **Wann einer von Rechenberg darwider verbreche / vnnd darauß ſchritte / ſol andern dieſes verbrechen vnd außſchreiten kein Nachtheil ſchaden / noch Abbruch zutragen / in keinerley weiß / ꝛc.** Hæc *clauſula videtur* annullare omnem actum *ſeu diſpoſitionem* contra tenorem priuilegij factam, adeò vt ipſo iure non valeat, *idque ex traditis ab Alexand. in conſil. 24. num. 2. volum. 4. & ab And. Gail. libr. 2. obſ.*
52 *60. num. 12.* vbi ſcribit, ſi priuilegium habeat clauſulam annullatiuam, nec contrauentione, nec præſcriptione amitti.

Accedit denique, quod priuilegium familiæ bis ſucceſſu temporis confirmatum fuerit. Primùm à Rege Ferdinando, Anno M. D. XXVII. deinde à moderno Inuictiſſimo Imperatore Rudolpho II. Anno M. DC. X. Expediti autem iu-
53 ris eſt, quòd licet confirmationes & innouationes priuilegiorum, nouum ius non tribuant, antiquum tamen conſeruent, & cuſtodiant. *c. ex parte, & c. quia intentionis, ext. de priuileg. And. Gail. lib. 2. obſ. pract. c. 1. nu. 5.*

Verùm re accuratè, & repetito ſtudio conſideratâ, ſine hæſitatione concludimus, quod ſæpius memoratum familiæ priuilegium fideicommiſſo, à Domino Georgio de Rechenberg, piæ memoriæ, inſtituto, non noceat, ſed quod priuilegium iſtud iam pridem ab vſu & aula receſſerit.

Ponimus autem fundamentum in priuilegio, ſeu potius in ſtatuto, quod Anno M. D. XIII. omnis Nobilitas Ducatus Glogouienſis vnanimi ſenſu & conſenſu pro ſe & poſteris (vt ex præfatione ipſius clariſſimè conſtat) recepit. In cuius ſtatuti primo articulo ſancitum eſt, quemuis Nobilem liberrimam habere de ſuis bonis, ſiue feuda ſint, ſiue allodia, diſponendi facultatem, & transferendi ea in neceſſitudine coniunctos, aut extraneos, **an Freunde vnnd Frembde /** dummodo non ſint perſonæ Eccleſiaſticæ, & ignobiles; & fiant huiuſmodi diſpoſitiones cum conſenſu Regij Judicis **deß Königlichen Haupt-**
53 **manns.** Hic articulus non tantùm ex continuo vſu & conſuetudine, quæ optima ſtatutorum interpres eſt. *l. ſi de interpretatione. ff. de legib.* verùm etiam ex proprietate & generalitate verborum, quibus eſt conceptus, & vt aliquid vltra ius commune operetur, ita in Ducatu ſine controuerſia intelligitur, vt hæc libera diſpoſitio circa bona etiam feudalia permiſſa cenſeatur, tàm per actus inter viuos, quàm vltimas voluntates.

Porrò Georgius de Rechenberg primarius ſuo tempore vir inter Nobiles Glogouienſes, ſecũdum tenorem ſtatuti, quoad omnia exactè teſtatus eſt; adhibuit enim præter iuris communis ſolemnia, Regij iudicis conſenſum, deinde nec in inſtitutione nec ſubſtitutione Eccleſiaſticos aut ignobiles nominauit, ſed nobiliſſimam gentem Rechenbergiorum.

Hoc poſito fundamento, dicimus; quęſtionem de poteſtate teſtantis, decidendam non eſſe ex priuilegio familiæ Rechenbergicæ, ſed ex ſtatutis Nobilium; quia priuilegium illud vel nunquam in vſum venit, vel certè per abrogationem, aut non vſum, contrariumve vſum, iam pridem expirauit.

Mouemur primò ipſis Nobilium ſtatutis, vbi in § **Zum andern** reuocantur priuilegia à Sigiſmundo Principe data, quatenus & in quantum ſtatutis derogant, hiſce verbis. **So auch hiemit** (puta **Hertzog Sigiſmundt gegebene Gnadungen**) **widerruffen ſeyn ſollen: Sonſt mögen ſich derſelben aller ander Articul / ſo dieſen Willkorn nicht entgegen ſeyn / halten.** Jam igitur ſic ita:

ita: quod priuilegium familiæ, à Principe Sigismundo quoque datum, aduersetur statutis, quoad actum testandi & vocandi fœminas: hoc ipso tamen censebitur ei circa hoc punctum aduersans derogatum, & statutis vtpote iuri posteriori & deroganti standum erit. *argum. text. in l. vltim. ff. de constit. Princip.* Et quod allegato priuilegio derogari per Principem & Nobilitatem potuerit, ex responsionibus ad rationes dubitandi manifestum euadet.

Secundò pro confirmatione nostræ sententiæ facit, quòd familia de Rechenberg ab hinc centum ferè annis, quoad actum testandi, nunquam vsa sit priuilegio suo speciali; sed semper testamenta condiderit, & successerit iuxta statuta Nobilitatis; ponamus igitur non posse probari expressam abrogationem sæpedicti priuilegij specialis, tacitè tamẽ, propter nonvsum; immò propter contrarium vsum, & post lapsum tanti temporis, quin ei derogatum sit, nemo facilè inficias ibit. Si enim vnquam verum fuit, quod priuilegia per non vsum, data occasione, amittantur; item quod faciens actum priuilegio contrarium, renunciasse priuilegio censeatur; sanè hac nostra specie erit verissimum.

Nam non decennio, quo aliàs priui-
56 legia, quibus facultas aliquid faciẽdi conceditur, amittuntur, *l. 1. ff. de nundin. And. Gail. lib. 2. obs. 60. num. 1. Iacob. Menoch. lib 6. de præsumpt. præsu. 41. num. 16.* Sed vt meminimus ferè centum annis in vsum hoc priuilegium nunquam venit; cum tamen, ob varios casus & interitus in familia Rechenbergica, plurimæ occasiones sese ob-
57 tulerint. Deinde non vno actu illi priuilegio fuit contrauentum, quod quidam sufficere putant, ad præsumptam priuilegij renunciationem. *Ang. in apostill. ad Bartol. in l. cum adoptiuum. C. de decurion. lib. 10. Alexand. cons. 33. volum. 1. num. 14.* Sed omnibus qui in medium adducuntur.

Et vt hæc per discursum demonstremus, primus qui post impetratum priuilegiũ testatus est, fuit ipsemet impetrans, Joannes de Rechenberg. Is Anno M. D. XXXVI. testamentum condidit, & iuxta statuta confirmationem petiuit à Judice regio, ibi: Fleissig bittende/ dieweil ein jeder/ vermög deß gemeinen Lands Priuilegien/ Statuten/ vnd Willkuhrn mit den seinen gantz mächtig zu thun vnd zu lassen macht hat/ dasselbige Ampts halber zuvergunnen/ vnd zu bestetigen. Deinde in §. Zum fünffzehenden reuocauit omnes suas priores dispositiones, quas, vt verisimile est, fecerat conuenienter priuilegio familiæ, ob non confirmata adhuc statuta. Tertiò, quod principaliter notãdum est in §. Zum eylfften/ reliquit sororis filio Melchiori von Gierßdorff die Güter Lindaw/ Newstatt/ vnd Popschutz/ cum omnibus iuribus pertinentiis, & emolumentis. Ecce si ipse impetrans putasset durare, aut voluisset durare priuilegium familiæ à se impetratum, sanè nihil reliquisset, aut potuisset relinquere sororis filio, extantibus tot masculis ex familia; quia cum hoc casu ne sorori
58 quidem potuit relinqui, quę tamen est de familia & agnatione, saltem, vt loquuntur, non conseruante, multò minùs potuit relinqui filio sororis, qui ad alienam prorsus familiam & agnationem, nempe patris sui, pertinebat. *§. vlt. Inst. de pat. potest.*

Nec mouemur, si quis dicat, relicta quidem fuisse illa bona Melchiori von Gierstorff sororis filio, sed cum grauamine restituendi post mortem familiæ; quia respondemus, quòd stante familiæ priuilegio ne hoc quidem potuisset fieri, cum præcisè priuilegium illud deneget facultatem succedendi fœminis, & consequenter etiam ex fœmina prognatis, si masculi extent, ergo nec ad dies vitæ, iste sororis filius succedere potuisset.

Primò testatori successit alter, Georgius de Rechenberg in bonis Wartenbergicis ex testamento primi testatoris hæres. Hic Georgius de Rechenberg post septendecim annos, in anno scilicet M. D. LIII. testamentum erexit, & confirmari curauit, rursus secundum statuta: ita namque suum elogium auspicatur. Nach deme vnd als nach rechte wolverordnet/ vnd sonderlich nach gemeines dieses Fürstenthumbs Priuilegien außgesetzet/ hergebracht/ vnd gebrauchet/ das jederman frey vnd offen stehet/ seines Guts Ordnung zu thun/ vnd das seines gefallens zuvermachen. Conuenienter huic libertati testandi ex statuto competenti instituit fideicommissum, *in §.* Vnnd da Melchior/ & in casum, qui hodie extitit, voca-

vocauit proximiores de familia, siue masculi sint, siue fœminæ. Hæc secunda dispositio, præterquam quod priuilegij familiæ nullam mentioné facit, prout nec prior facit, etiam directè aduersatur huic priuilegio, & quoad omnia se accommodat statuto.

Instabis, nos hoc loco principium petere, hoc enim in quæstione est, an dispositio ista sit valida; verùm respondemus, propositum nostrum hoc loco esse, ostendere quod priuilegium familiæ ob non vsum, immò ob contrarium vsum expirauerit; id quod sine dubio obtinebimus, si à partium enumeratione probemus, nullum testamentum secũdum priuilegium, sed omnia secundum statuta cõfecta esse.

Et quod circa hoc secundũ testamentum valde est obseruandum, contigit, vt Anno M. D. L X I I. mortuo ab intestato Melchiore de Rechenberg testatoris filio, Melchioris huius filiæ & respectiuè Neptes, Barbara & Helena, Joanni itidem Nepoti, grauem litem mouerent, & hæreditatem peterent, quæ tamen propter vires *testamenti* obtinere nihil potuerunt, sed *portione* illis assignata contentæ esse debuerunt; renunciatione factâ, quoad alia bona paterna; cum expressa tamen reseruatione iuris, quod ipsis ex fideicõmisso auito posset in futurum regressum aperire; ita attestantur acta sub lit. R. vbi instrumentum renunciationis habetur, cui dicta reseruatio, transcriptis verbis fideicommissi, est inserta.

Ex hoc actu duo sequuntur: primò, quod testamentum Georgij de Rechenb. ante plurimos annos in genere, & quidem per iudicem fuerit approbatum; Deinde, quod in specie ipsum fideicõmissum, non tantùm non expugnatum fuerit, sed confirmatum tàm per iudicem, filias ob hæreditate repellendo; quàm per familiam, dum filiabus, sibi regressum ex fideicommisso reseruantibus, nõ contradixit; cum ergò iustitia nec loco, nec tempori sit alligata, quomodo poterit dici hodie fideicommissum, quod disputamus, esse iniustum aut inualidum, quod ante quinquaginta annos iustum pronunciatum, & ab interessentibus pro tali acceptatum fuit?

Tertium testamentum, quod in hac familia fuit erectum, est Joannis de Rechenb. nepotis; Is iterum fatetur, se testari secundũ statuta, **nach dieses Fürstenthumbs Priuilegien/ꝛc.** & nullam facit mentionem priuilegij specialis seu familiæ.

Quartum deniq; est Joannis Georgij de Rechenb. pronepotis, cuius vires iam impugnantur, quod scilicet non valeat, in quantum aduersatur fideicõmisso proauito. Iste Joannes Georgius, omisso rursus priuilegio familiari, ait, se velle testari, **nach Inhalt vñ Vermöge deß Glogauischen Fürstenthumbs** priuilegij, & post pauca, instituto proximiore de agnatione, subiungit, **vnd diß nicht auß Verpflichtung/sondern auß Gutwilligkeit**/quasi diceret, se non esse obligatum quidem agnatum instituere, sed potuisse se alias quascunque personas instituere; quam sanè potestatem ex priuilegio familiæ, secũdum aduersariorum intellectum habere non potuit; ergo ex statutis, quæ per hoc amplexus est.

Illud equidem circa hoc testamẽtum miramur, quod dicat testator, se velle testari iuxta statuta, **vnd auch nach Inhalt der Großvätterlichen Ordnung**/idq; 4. Ian. An. M. DC. X. cùm tamẽ postea eodem mense, hoc est, 28. Jan. eiusdem anni, scribat (actis attestantibus sub lit. D.) se nunquam vidisse **das Großvätterliche Rechenbergische Testament.** Ex his vnum horum sequitur, quod testator vel errauerit, vel certè indolo fuerit. Primùm propterea, quia dicit se testamentum condere, iuxta tenoré proauiti testamenti, & deinde dicit, se non vidisse illud testamentum, ergo potest esse, quod inaudierit tantùm de ipsius tenore, & falso persuasus fuerit, talem esse, vt agnati tantummodò ad successionem veniant; quæ falsa persuasio, & ex ea subsequens error tantus est, vt dispositionem vitiet, etiamsi alia omnia forent salua, *l. si in nomine. & l. errore. vbi DD. præsertim Sichard. C. de testam.* Quod si alterum quis astruere velit, verisimile esse testatorem se referentem ad testamentum proauitum illud vidisse & perpendisse, denegasse auté copias Baroni de Sprinzẽstein, vt suppressa maneat voluntas proaui; is iterum fateri debebit, dolosam hanc machinationem nec testatori, nec hæredi scripto profuturam, cum dolus patrocinari nemini soleat.

Ex

Ex his iam tertiò consequitur verum esse, quod in conclusione diximus, quod nimirum (quandoquidem à die impetrati priuilegij familiaris in hunc vsque diem quatuor testamenta, & non plura (secundum ea saltem, quę nobis ex actis innotuerunt) fuerunt erecta in familia seu linea procedente à primo impetrante, sed omnia accommodata statutis Nobilium) priuilegium illud familiare, quoad actum testandi in vsum nunquam venerit, id quod
60 tam ab enumeratione partium euidens est, *l. patre furioso, vbi DD. ff. de his qui sui vel alieni iur. sunt*, quam etiam ex recepta doctrina, qua legis, statuti, aut priuilegij rece-
61 ptio, siue vsus, non præsumitur, sed ab allegante probandus venit. *Iacob. Menoch. lib. 2. præsumpt. præs. 2. nu. 1. & 2.* Quomodo autem probabunt allegantes talem vsum, cùm nullum aliud supersit testamentum, quàm illa quatuor, quæ adduximus, & aliquantisper examinauimus?

Quartò consequitur, quod optima ratione pro fundanda nostra sententia attulerimus olim iuris antiqui regulam, qua fauori pro se introducto renunciare licet.
62 *l. si quis in conscribendo. C. de pact.* Nam priuilegium familiæ concessum fuit Joanni de Rechenberg, hoc ergo priuilegium potuit iterum in totum, multoq; magis pro parte dimittere, & aliud pinguius amplexari. Et verò hoc, suo consensu, quo cum vniuersa Nobilitate in statuta consensit, & ipso facto secundum statuta testamentum condendo præstitit, id est, renunciauit fauori, quo Princeps eum prosecutus erat, illi videlicet, qui ad hunc locum pertinet.

Immò si verum amamus, non tam renunciauit fauori, quàm ampliauit; quia ex priuilegio habuit limitatam potestatem testandi, ex statutis verò illimitatã. Quod si quis obiiciat potuisse quidem fauori suo renunciare Dominum impetrãtem, quoad suam personam, sed non quoad successores, illi dicta ad quartam & quintam rationem dubitandi satisfacient.

Rectè etiam scripsimus, quod familię priuilegium ita interpretari debeamus, ne ipsi noceat, aut in eius odium retor-
63 queatur, *ex c. quod ob gratiam. de reg. iur. lib. 6.* atqui si diceremus familiam Rechenbergiorum limitatam habere testandi potestatem propter priuilegiũ suum, reliquam autem Nobilitatem ex iure communi & statuto habere liberam, certè priuilegium familiæ isti non prodesset, sed obesset, id quod in omni iure est absurdum, in priuilegiorum autem interpretatione, vt ita dicamus absurdissimum. *Aym. Crauet. in cons. 788. num. 8.* priuilegium ita interpretari, ait, nunquam conuenit, vt noxium impetranti fiat. *& in cons. 768. n. 4.* priuilegium seruari non debet, quod noxium esse incipit.

Quintò vbi Doctores nostri tractant (*potissimùm in c. 1. ext. de rescript.*) an priuilegium per posterius priuilegium, aut statutum censeatur sublatum; respondent quidem negatiuè, sed iis in terminis, quibus posterius priuilegium vel est inter alias personas; vel est circa alias res, vel certè circa rem eandem, sed posterius priuilegium aut statutum priori prorsus contrarium; puta si Titio est concessum priuilegium immunitatis, & postea factum statutum, vt omnes incolæ collectentur, &c. At verò nos in hisce terminis nullo modo versamur, quia priuilegium familiæ, & statutum Nobilitatis sunt inter easdem personas, puta, inter familiam Rechenbergicam, inprimis, vt totum, deinde vt partem: deinde versantur, quoad punctum controuersum, circa eandem rem, puta, circa actum testandi, & sibi non aduersantur, sed potius primum priuilegium est quoddam quasi initium liberæ facultatis testandi, circa feuda & allodia; posterius verò perfectio, & vltima manus, siue complementum illius prioris priuilegij, vt sicut reliquæ Nobilitatis liberrimus testandi stylus est, ita & Dominorum de Rechenberg sit.

Atq; hæc si diligentius considerantur facillimum cuiuis erit intelligere, quomodo contrariæ rationes & argumẽta dissoluenda sint. Quod enim primò & secundò dicitur, priuilegio familiæ nec expreßè, nec tacitè esse derogatum, vtrumq; negatur, propter ea, quæ in prima & secunda decidendi ratione adduximus.

Et quamuis olim Joannes & Georgius de Rechẽberg maiorem habuerint rationem agnationis quàm cognationis & fœminarum, id tamen ex obligatione, aut iu-

re ita cogente non fecerunt, sed suo motu, quod vel ex verbis testamentorum apparet, in quibus vterq; de libertate testandi ex statutis præfantur. Vt taceamus vtrumque hunc testatorem tam cognatos, quàm fœminas ad successionem vocasse, & sic facto ipso demonstrasse, quod privilegij familiaris nullus vnquam vigor aut vsus fuerit.

Regula illa iuris, qua dicitur generi per speciem derogari, cum hac limitatione procedit, nisi is, qui speciale priuilegium habet, in generale verbis factoq; consensit, quin enim tunc speciei per genus, priori priuilegio per posterius derogatum sit, nemo ambigere potest. Atqui vt vidimus, Domini de Rechenb. in statuta consenserunt, & ipso facto iuxta ea testati sunt, ergò, &c.

Immò regula ista tùm demùm locum habet, quando per genus seu generalem dispositionem præiudicium fit, & aliqua derogatio speciali dispositioni, sed hoc casu specialis dispositio non minuitur, aut aliter *ipsi præiudicatur*, sed potius extenditur & *ampliatur*.

Circa quartum & quintum argumentum, an Princeps potuerit derogare priuilegio familiari, item an impetrans ab illo potuerit recedere, & aliud amplecti propter ius quæsitũ ab agnatis, respondemus primò, sit ita, quod agnatis ius quęsitũ fuerit, nihilominus tamen à Ioan. de Rechenberg impetrante, & sic etiã à Principe au-
65 ferri potuit, argumento eorũ, quæ de feudo nouo tractant, quod primus adquirens in præiudiciũ agnatorum alienare, aut in manus Domini refutare potest, *vt post alios monstrat D. And. Fachin. lib. 7. controu. iur. c. 8. & 13.* illa ratione, quod successores omne ius suum metiuntur ex iure primi adquirentis, quod quando amplius non est, nihil habent etiã successores, cui innitantur, & sicut primus adquirens feudũ adquirere omninò non potuit, ita adquirere quidem potuit, sed rursus dimittere, cum longè facilius dimittatur ius nouum & nondum radicatum, quàm illud, quod radices in primo adquirente egit.

Id quod nostra specie eò minus dubiũ habet, q. successores sunt hæredes in Castro Wartenberg, primi adquirentis priui-
66 legium, ideoq; factum ipsius præstare debent, *l. ex qua persona. ff. de reg. iu. l. cum à matre. C. de rei vind. l. si ab eo. C. de negot. gest. cum simılib.* Deinde respõdemus, quod per priuilegium sępè memoratum aliud ius quęsitum nõ fuerit agnatis, quàm illud, quod antea ex iure feudali habebant, quo masculi præferuntur fœminis; atqui si licuit reliquæ omni Nobilitati, pro se & posteris per statutum abrogare iura seu consuetudines feudales, sicut proculdubio licuit; quare non licuisset etiam Domino Joanni de Rechenb. & iis qui tunc temporis in familia illa viuebant? & sic pro se & posteris consensum præbere ad commune illud Nobilitatis votum.

Ad sextum argumentũ respondemus, generalem tantùm mentionem factã esse
67 in priuilegio meritorum, quæ generalis mentio non sufficit ad hoc, vt priuilegium
68 transeat in contractum, *latè Iacob. Menoch. in cons. 112. & cons. 113.* deinde sicut per dissensum possumus abire à contractibus. *l. ab emptione. ff. de pact.* ita & à priuilegiis vim contractus habentibus. Sed iam probauimus, quod familia Rechenbergica à suo priuilegio vel expresso, vel saltem tacito dissensu abierit.

Septimum argumentum supponit priuilegium adhuc in obseruantia existens, tunc enim rectè sequitur, quod actus contrarij per clausulam annullatiuam priuilegio insertam quasi ipso iure tollantur; atqui hic priuilegium ipsum cessauit, vel potius in vsum nũquã venit, ergò multò magis clausulæ istius vim & efficaciã cessasse, vel in vsum non venisse dicendum est.

Duæ confirmationes tandem allatæ ad rem nõ faciunt, quia prior confirmat priuilegia super Castro Wartenberg, quando Joannes de Rechenberg illud olim adquirebat, & nullam facit mentionem de ratione succedendi aut testandi, posterior ante annum fuit impetrata, contra quam Dominus Baro nõ tantùm protestatus est, verùm etiam, quia confirmatio ista nihil inuenit confirmandum, ob extinctum priuilegium ante plurimos annos circa punctum controuersum, nullarum quoq; vi-
69 rium fuit: quod enim non fuit, confirmari non potuit, nec ius tertij per talem confirmationem lædi, *And. Gail. lib. 2. obs. 1. n. 14. & seq.*

RESPONSVM III.

Summaria.

1. *Iustè possidet qui prætore autore possidet.*
2. *Actus, præsertim à iudice gestus, bonus præsumitur: declaratur nu. 11.*
3. *Per traditionem res corporales: per cessionem iura & actiones transferuntur.*
4. *Spoliatus ante omnia restituendus: declaratur nu. 59.*
5. *Spoliatus dicitur non solùm is, qui prohibetur à spoliante colere, arare, &c. verùm is etiam, qui suspicatur se expelli posse.*
6. *Verbum, restituere, est plenissimum.*
7. *Potior is est in possessione, qui rei corporaliter insidens, id etiam consequitur, quod ex possessione recipitur.*
8. *Possessio fructuum perceptione dicitur ratificari.*
9. *Inuestitus propria autoritate fundum ingredi potest.*
10. *Statuta fœminas excludentia in fauorem familiarum valida sunt.*
11. *Geminationis in iure magna vis est.*
12. *Qui iure familiaritatis amici fundum ingreditur, non possidet: nec potest sibi possessionis causam mutare, nu. 18. declaratur nu. 61. & 62.*
14. *Feudi possessionem ipso iure in hæredem continuari nonnulli existimarunt: refellitur num. 66.*
15. *Hæreditas iacens vicem personæ sustinet: declaratur nu. 67.*
16. *Possessio defuncti prodest hæredi.*
17. *Apprehensa vna re hæreditaria, tota hæreditas non censetur apprehensa: declaratur num. 68.*
18. *Interdicta omnia in rem concipiuntur, adeoq; rem persequuntur.*
19. *Qualibet res reducēda est ad sua principia.*
20. *Per extraneam personam possessionem non acquirimus.*
21. *Fauorabiliores rei potius, quàm actores habentur: declaratur nu. 77.*
22. *Interdicti retinēdæ duo sunt extrema, possessio ex parte actoris, & turbatio ex parte rei.*
23. *Per insistentiā rerum immobilium possessio probatur: estq; hic modus firmissimus ab ipsa substantia possessionis desumptus, nu. 24.*
25. *Possessio probatur etiam per actus, vt culturam agrorum, perceptionem fructuum, &c. sed hæc probatio est à posteriore, seu ab effectu possessionis.*
26. *Possessio non corpore duntaxat siue insistentia acquiritur, sed vt animus sibi habendi adsit necesse est.*
27. *Animus difficulter probatur.*
28. *In his, quæ in animo curaq; consistunt, statur dicto declarantis se, & protestantis, vt nu. 31.*
29. *Talis animus præsumitur, qualia sunt verba aut facta.*
30. *Probatio per euidentiam rei, & ocularem inspectionem omnium firmissima.*
31. *Simplici declaratione bonorum possessio apud iudicem agnoscitur, nec opus vllum titulum, aut edicti caput, ex quo quis succedere velit, exprimere. nu. 33.*
34. *Superflua non nocent.*
35. *In interdicto, vti possidetis requirit, vt possessio non sit violenta, non clandestina, non precaria, non etiam requirit, vt sit iusta. nu. 36.*
37. *Vt quis in interd. vti possidetis vincat, necesse est, vt tempore illatæ turbationis, & litis inculpatè possederit.*
38. *Qui probat possessionē antiquiorem in possessorio retinendæ palmam reportat.*
39. *Idq; procedit, etsi vna hora quis in possessione præcedat: cum vbi ius est in prioritate, & posterioritate temporis, etiam hora, & momentum sint in consideratione.*
40. *Estq; ratio: quia cum duo in solidum eodem tempore possidere nequeant, posterior possessio vel debet esse clandestina, nu. 41. vel certè nulla, sed potius turbatio, nu. 42. & seq.*
44. *Actus probant possessionem, si nemo alias possedit: aliàs sunt meræ turbationes, & nu. 60.*
45. *Possessio ciuilis animo retinetur: & sufficit ad interdictum, vti possidetis, n. 46. naturalis autem clandestina ad illud non prodest, nu. 47.*
48. *Possessorium adipiscendæ euentualiter cumulari potest, cum possessorio retinēdæ.*
49. *Ad adquirendam fundi possessionem non est necessarium singulas eius glebas circumambulare Fideicommissarius legalem habēs restitutionem experiri potest, vel interdicto quor. bonorum, vel reme-*

remedio ex l. vlt. C. de edict. D. Had. toll.

51. *Secundus fideicommissarius habet legalem restitutionem.*

52. *Nemo in sua ciuili possessione potest esse tutus, nisi ipsi restituatur etiam possessio naturalis.*

53. *Interdictũ ne vis fiat ei, qui in possess. &c. datur rei seruãdæ causa illi, qui iustè, solenniter, & seruato iuris ordine, in possessionem missus est.*

54. *Non est permissum iudici, quem sine causa cognitione, possessione sua priuare.*

56. *Nemo potest plus iuris in alterum transferre, quàm ipse habeat.*

57. *Coniunx coniugi regulariter non succedit.*

58. *Non est nouum, vt plures sint in possessione diuerso respectu, ex diuersis iuribus.*

63. *Dominium ipso iure interdum transit: possessio non item. Exemplum in suo hærede. 64. estq; ratio, quia possessio in adquirendo plus facti habet, quàm iuris, facto igitur, nempe apprehensione opus est, nu. 65.*

69. *Possessio non apprehensa vsu iuris pro apprehensa habetur, quoties facto & culpa aduersarij apprehendi non potuit.*

70. *Qui rem alterius alteri tradit, turbasse eum dicitur.*

71. *Rei vindicatio datur contra eum, qui dolo desiit possidere.*

72. *Dolus namq; alienantis pro possessione habetur.*

73. *Probans antiquiorem possessionem maximè titulatam, vincit eum, qui iuniorem prætendit, quantumuis titulum antiquiorem.*

74. *Qui patitur, mandasse censetur.*

75. *Possessio adquiritur non tantùm per nosmet ipsos, sed & per Procuratores, negotiorum gestores, modò illorum factum postea ratum habeamus.*

76. *Ratificatio mandato æquiparatur.*

78. *Sanctæ debent esse, & inuiolabiles morientium voluntates.*

79. *Fœmina in Feudis regulariter non succedit.*

80. *Inuestitura prima est basis, & fundamentum omnium sequentium: nec potest ea in præiudicium agnatorum mutari, aut alterari.*

81. *Qui leges abrogatas allegat, in crimen falsi incidit.*

82. *Scienti, & consentienti non fit iniuria.*

83. *Hæres tenetur stare facto defuncti: quod etiam in hæredis hærede procedit, n. 84. & nu. 176. item nu. 178.*

85. *Inuestitura cum consensu agnatorum mutari, aut alterari potest. Potest item feudum alienari, si consensus agnatorum, & Domini adest, num. 86. & adficit hic consensus etiam successores, nu. 87.*

88. *Confessio iudicialis vincit omne genus probationis.*

89. *Statuto, aut consuetudine natura feudorum sæpè alteratur.*

90. *Iure Saxonico simultaneæ inuestituræ inductæ sunt: & quomodo peti debeant. n. 91.*

92. *Instrumenta inuestiturarum sunt stricti iuris, & intellectus.*

93. *Non probat adesse, quod contingit abesse.*

94. *Generalis dispositio tantùm operatur quoad omnia comprehensa sub genere, quantum specialis comprehensa sub specie.*

95. *Habens priuilegium speciale in casu, de quo loquitur statutum generale, non comprehenditur sub isto statuto, quantumuis posteriori, declaratur exemplo, n. 96. & limitatur, nu. 97.*

98. *Priuilegium nunquam ita interpretandum vt priuilegiato sit noxium.*

99. *Quod in alicuius fauorem inductum est, non debemus ita interpretari, vt in eius odium redundet.*

100. *Consensus non ex verbis duntaxat, sed etiam ex facto probatur.*

101. *Sciens actum, & ei non contradicens, pro consentiente habetur: quod declaratur nu. 102.*

103. *Quæ facti sunt, probari debent.*

104. *Quod quisq; iuris in alium statuit, eo & ipse vti debet.*

105. *Vsus demonstrat, an leges, statuta, priuilegia sint recepta, & in obseruãtia, annon.*

106. *Priuilegia non vsu, & multò magis contrario vsu amittuntur.*

107. *Vsu non recepta non valent, nec allegationem merentur.*

108. *A priuilegio suo recedere censetur is, qui actum facit secundum ius cõmune, aut statutum, quæ facere debebat ex priuilegio.*

109. *Virtus clausulæ annullatiuæ priuilegiis adiectæ est, vt nec contrauentione, nec præscriptione tolli queat.*

110. *Vbi de superioris intentione constat, inferioris contrauentio nihil operatur.*

111. *Cessante causa cessat effectus.*

112. *Confirmatio licet ius nouum non tribuat, tamen vetera iura conseruat: nō autem auget, aut ampliat, nu. 113. & nu. 118.*

114. *Instrumenta sunt stricti iuris, & strictæ terpretationis.*

115. *Species præcedens restringit genus sequens.*

116. *Verba cuiuscunque dispositionis sunt intelligenda secundum subiectam materiam.*

117. *Et secundum naturam actus, cui sunt apposita.*

119. *Confirmationes priuilegiorum nihil agunt vbi inutile est confirmatum: ideoque iis plerumque clausula inseritur, quatenus priuilegiati sunt in possessione priuilegiorum, nu. 120.*

121. *Quod non est, confirmari non potest.*

122. *Confirmationes priuilegiorum tertio non præiudicant, & nu. 123. 124.*

125. *Confirmatio priuilegij lite pendente nihil operatur.*

126. *Fideicommissa vbi instituuntur, omnis alienatio censetur prohibita.*

127. *Fideicommissa tolluntur per remissionem eorum, qui ex iis ius quæsitum habent.*

128. *Dissensu mutuo à contractib. resilire licet.*

129. *Ambulatoria est hominis voluntas vsque ad vltimum vitæ spiritum.*

130. *Feudum nouum consensu domini adquirens alienare, aut in manus domini refutare potest.*

131. *A proprietate verborum non recedendum, & nu. 171.*

132. *Appellatione alienationis etiam ea continetur, quæ fit per vltimas voluntates.*

133. *Vltimæ voluntates fauorabiliores sunt, quā contractus inter viuos.*

134. *Quod vna via prohibitum est, non debet altera permitti.*

135. *Turpe est dicere, quod lex vel statutum induxerit actum elusorium.*

136. *Iura iuribus sunt concordanda.*

137. *Statuta & consuetudines alicui, qui aliàs iure communi successurus non erat, successionem deferentes, operantur tantùm in causa intestati; testamenti autem factionem non adimunt. Idem in materia renunciationum, nu. 138. idem in successione ex iure communi, nu. 139.*

140. *Ante mortem defuncti hæredes ab intestato tale ius quæsitum non habent, quod auferri ipsis nequeat.*

141. *Inclusio vnius est exclusio alterius.*

142. *Pacta, priuilegia, fideicommissa sunt strictæ interpretationis: & dicimus in dubio fideicommissum non extare, nu. 143.*

144. *Relationis vis est, vt faciat inesse relatum cum omnibus suis qualitatibus referenti: & nu. 157.*

145. *Inciuile est tota lege non perspecta velle de lege iudicare.*

146. *Taciti & expressi eadem in iure vis est, declaratur nu. 147.*

148. *Quando manifestè de voluntate testantis constat, interpretationem ne Imperatoria quidem Majestas sibi vindicat.*

149. *Ex fideicommissis potest filiabus dos constitui, & nu. 150.*

151. *Appellatione masculorum, in quauis dispositione fœminas excludente, ij veniunt, qui ex masculis, non qui ex fœminis descendunt.*

152. *Bona in dubio censentur libera, non vinculo fideicommissi alligata.*

154. *Per verba, ne bona ad extraneos deueniant, inducitur fideicommissum; Idem de verbis volo, mando, iubeo, vt veniant ad fratres, & eorum liberos, n. 155. Idem quando apparet ex dispositione testatoris, eum de familia conseruanda sollicitum fuisse, nu. 157.*

157. *Substitutio est secundo & vlteriore gradu facta institutio.*

158. *In materia substitutionum supplere non possumus quod testator non dixit, & numer. 159.*

160. *In voluntate testatoris interpretanda diuinare non licet.*

161. *Voluntas testatoris non attenditur, quando verba non patiuntur, tametsi magna sit præsumptio de tali voluntate.*

162. *Non sufficit, vt quis dicat, testator ita voluit, postquam non dixit, aut non expressit.*

163. *In voluntate testatoris præsumenda nihil exaudiri debet.*

164. *In dubio censetur testator bona liberè reliquisse, non autem grauasse onere fideicommissi.*

165. *Substitutio directa per aditionem primi hæredis euanescit.*

166. *Fideicommissum non extenditur de persona in personam.*

167. *Qui affirmat, probare debet.*

168. Ver-

168. Verba communia quænam dicantur, & quid operentur in causa testati.

169. Testamentum absque institutione hæredis non subsistit: nec fideicommissum relinqui potest, si nemo directè institutus fuit, nu. 170.

172. Verba intelligenda potius sunt vt actus testandi valeat, quàm vt pereat: & potius in significatione directa quàm obliqua, n. 173.

174. Vt fideicommissum inductum dicatur, non sufficit ponere rationem de familia conseruanda, sed requiritur etiã dispositio.

175. Non entis nullæ sunt qualitates.

177. Hæres adeundo quasi contrahit cum legatariis & fideicommissariis.

179. Fœminæ ad feudum vocatæ non veniunt, nisi masculis omnibus extinctis.

180. Ad quamuis dispositionem voluntas, & potestas simul requiruntur, & nu. 190.

181. Clausulæ pœnalis testamento adiectæ vis.

182. Diruto fundamento, ruunt omnia ipsi superædificata.

183. In allodiis fœminæ cum masculis simul succedunt.

184. Testator id voluisse censendus est, quod verbis expressit.

185. Protestatione iudiciali iura sua quis tuetur, & conseruat, declaratur nu. 186. & seq.

188. Ex eo nemo iuuari debet, quod nisus est impugnare.

189. Etiam ex actu nullo intentio & voluntas agentis colligitur.

191. In necem & præiudicium fideicommissi testari fideicommissarius non potest.

192. Testamentum apud acta nullum omninò testem requirit: requirit autem præsentiam testatoris, nu. 194.

193. Abundans cautela nec prodest, nec nocet.

195. Facultati, item libero arbitrio non præscribitur.

Quæstio I.

NOs Decanus cæteriq; Doctores & Professores Iuridicæ Facultatis, in Academia Ingolstadiensi, non dubitamus, quin excelsum tribunal Ducatus Glogouiensis controuersiam eam, quæ est, & ventilatur inter Illustrem Dominum Joannem Ernestum Baronem de Sprinzenstein, administratorio nomine Actorem ex vna, & strenuum Dominum Melchiorem de Rechenberg Reum conuentum ex altera, partibus; pro eximia sua sapientia & integritate secundum ius & iustitiam sit definiturum, vt hac nostra opera & labore non videatur tantoperè opus fuisse; cum tamen de hac controuersia ad informationem Domini Actoris bis antea responderimus, iam verò etiam Domini Rei exceptiones, hisque annexa suæ causæ merita idem Actor integrè exhibeat, requiratq;, vt collatis inuicem omnibus, quæ vtrinque in iudicium deducuntur, nostrum iudiciũ vlterius exponamus, noluimus officio nostro deesse, idque petenti denegare; maximè propterea quod hæc tertia consultatio eo maiorem (vt opinamur) fidem sit habitura, quod eam scripserimus visis & ponderatis non vnius duntaxat, sed vtriusq; partis meritis & argumentis.

Quod igitur causam possessionis siue possessoriũ iudicium attinet, quandoquidem versantur litigantes potissimùm in interdicto vti possidetis, & sic vterque se possidere contendit, punctus quæstionis in eo est, vtrius possessio iustior sit, atq; adeò vter in sua possessione, quam prætendit sententia & manu iudiciali sit defendendus? Pro Domino Melchiore de Rechenberg, eodemq; reo conuento, videntur militare sequentes rationes; Primùm, quòd non ipso facto & proprio ausu, sicut Dominus de Sprinzenstein, possessionem fuerit ingressus, sed præscitu, consensu, & auctoritate competẽtis Judicis, qui decreto suo immissionẽ in istam possessionem concessit. 1 Cùm itaque prætore auctore talem sit nactus possessionem, iustè possidere dicitur. *l. iustè possidet. ff. de adquir. vel ami. poss. l. qui auctore. ff. de reg. iur. tot. tit. ff. ne vis ei fiat qui in poss. miss. est.* vt Vlp. *in l. 1. §. hoc interdictũ:* vbi inquit, hoc interdictum summa prouidentia prætor proposuit, frustra enim in possessionem mitteret, nisi missos tueretur, & prohibentes venire in possessionem coërceret. Cõcordat *l. iniuriarum. §. conductori. ff. de iniur. & l. permisceri §. species. ff. de adq. vel ami. poss.* vbi Vnulei. JCtus: species inducendi in possessionẽ alicuius rei est, prohibere ingrediẽti vim fieri; statim enim cedere aduersarium, & vacuã re-

linquere possessionem iubet, quod mul-
tò plus est, quàm restituere.

Secundò non mansit res in terminis
immissionis iudicialis, sed postquam per
hanc immissioné possessio Dominii War-
tenberg vacua facta fuit, *iuxta text. in d. l.*
permisceri. §. species, subditi eadé auctoritate
prætoria fidelitatem Domino Reo iurâ-
runt, vt hinc iudex non tantùm defende-
re hunc possessoré sit obligatus, sed & pro
2 eo præsumptio iuris militet, quippe cum
aliàs actus gestus, pro bono præsumatur. *l.*
meritò. & ibi DD. ff. pro soc. multò magis à
iudice tanquam viro bono & graui taliter
gestus censebitur, *c. nisi essent, vbi Panorm.*
& DD. de præbend. & dignit.

Tertiò Domina vidua defuncti Ioannis
Georgij de Rechenberg omne ius suum,
quod in bonis Wartenbergicis ratione te-
stamenti à marito erecti, & ratione bono-
rum ad maritum allatorum habuit, Do-
mino Reo per legitimam transactionem
cessit ac tradidit, qui sanè per hanc transa-
ctionem & subsecutam cessionem eò ma-
ius & melius ius habuit possessionis adipis-
cendæ, eò quòd Domina vidua vigore hu-
ius cessionis & traditionis non solùm titu-
lum ex testamento adquisitum, verùm et-
iam omne dominium, quod vigore testa-
menti in iam dictis bonis ei competebat,
in eum transtulerit, *Ioan. Sichard. in l. si de-*
legatio. n. 3. C. de nou. & deleg. & ipsi, vltra tra-
ditionem bonorũ corporalem, actiones
etiam, & ita omne ius, quodcunq; habuit,
cesserit, *DD. in l. 2. C. de obl. & act. gl. in l. si quis*
ergo. ff. de pecul. gl. in l. 3. in pr. ff. pro soc. Tradi-
3 tionis enim & cessionis effectus est, vt per
traditionem non modò omnia ea transe-
ant ad eum, cui tradita sunt, sed etiam vti-
litas actionum in eum ita transferatur, vt
eiusdem iuris sit in retinendis bonis, cuius
fuit vidua, actiones illas, Dño Reo cedens,
gl. d. l. si quis ergo. ff. de pecul. & d. l. 3. ff. pro soc.

Quartò quãdoquidem Domina vidua
possessionem, propter ius retentionis &
testaméti in bonis mariti ipsi competens,
post morté mariti retinuit, & vsq; ad tem-
pora transactionis continuauit, Dominus
auté de Rechenberg ille fuit, qui cum ea
transegit, & ab ea possessionem nactus est,
nõ licuit Baroni de Sprinzenstein in pos-
sessioné non vacuam ingredi, sed si quam
iure sibi cõpetere putasset, actionibus eam
petere debuisset, non proprio ausu, vi &
violentia inuolare. Et ex hoc consequitur,
Rechenbergi possessionem non tantùm
esse iustioré, sed etiam spolium esse com-
4 missum ex parte aduersa, adeoq; Dominũ
de Rechenb. tanquam spoliatum ante o-
mnia plenè & integrè restituendum esse,
l. si quis ad fundum. C. ad l. Iul. de vi publ. vel
priu. l. 1. C. si per vim, aut al. mod. l. si quis in tan-
tam. C. vnde vi. l. 1. §. deniq. ff. quod vi, aut clã.
§. recuperandæ. I. de interd. c. fin. de ord. cognit.
Et quãuis ex parte Domini Actoris obiice-
re quis posset, Dominũ Reum spoliatum
nõ esse, cum adhuc possideat, in promptu
5 tamen responsio est, quia spoliatus non
solùm is dicitur, qui à spoliante prohibe-
tur colere, arare, ædificare, pascere, *l. 1. §. vi*
possidere. & l. vim facit. ff. de vi & vi armat. l.
1. §. hoc interdictũ. ff. quod vi aut clam. verùm
is etiam qui suspicatur se expelli posse. *Bar.*
in l. 1. §. siue auté. n. 1. ff. de vi & vi armat. Ma-
rant. in spec. 7. dist. iud. nu. 22. quoniam igitur
testibus actis, Dominus Actor possessioné
nec dum omninò vacuã reliquit, adeoq;
turbationes & attentata facilè sequi pos-
sint, debet ante omnia, id est, antequam
ad ordinarium possessorium aut petitori-
um fiat progressus, plena restitutio sequi;
6 restituere enim est verbum plenissimum,
& significat rem statuere in eum casum &
locum, in quo fuisset, si nihil euenisset. *l. re-*
stituere autem, & l. restituere is videtur. ff. de
ver. sign. And. Gail. lib. 2. obs. 75. nu. 8.

Quintò iustitiam possessionis Domini
de Rechenb. iuuant actus possessorij, dum
fructus percepit, & iudicia tam ciuilia, quã
7 criminalia exercuit, nam potior is est in
possessione censendus, qui rei corporali-
ter insidens, id etiam consequitur, quod
ex possessione percipitur. *c. cum in cunctis.*
§. cum verò electus, vbi notant, de electio. Cum
semper cõditio taliter possidentis sit me-
8 lior contra occupanté. *l. si debitor. ff. de pig.*
& hypot. & possessio fructuũ perceptione
dicatur ratificari, *Alex. cons. 88. vol. 1. Bal. con.*
184. vol. 2. arg. l. si præteritus. C. de bon. poss. con.
ta. 6. l. si proponas. §. 1. ff. de inoff. testam.

Sextò, q̃ possessio Domini Rei sit iu-
stior, facit titulus ex testaméto Ioãnis Ge-
orgij de Rechenb. nuper defuncti, quo te-
staméto hęres institutus fuit, & sic tam per
cessio-

cessionem ac traditionem Dominæ Viduæ, quam per hoc testamentum titulatam possessionem adeptus est, ratione cuius meritò alteri præfertur. Quæ sanè possessio tantum fundata est, vt nomine eius extra processum meritò Dominus Reus, officium iudicis implorando, eam per singulare rescriptum sit consecutus: cuius respectu si possessionem non fuisset nactus, alia quoque remedia habuisset, *nempe ex l. fin. C. de edict. D. Hadrian. tollend.*

Septimò in considerationem quoque venit inuestitura de anno M. CCCC. LXXVII. & renouatio ipsius de anno M. D. IV. Quia hæc inuestitura in tantum titulum præbet, vt ita inuestitus Dominus Reus propria etiam auctoritate possessionem Castri Wartenberg potuerit apprehendere. *iuxta c. 1. quid sit inuestit. & ibi Aluarot. num. 7 Præpos. num. 1. Bald. num. 1. Laudens. num. 8. Sonsbecc. de feud. part. 9. numer. 30. Hermann. Vult. tom. 3. cons. Marpurg. cons. 20. num. 37.*

Octauò accedit huic iustiori possessioni *priuilegium* familiæ Rechenbergicæ in quo clarè prouisum est, quod bona illius familiæ non debeant venire ad fœminas,
10 quam diu masculi existunt. Talia autem statuta, ob conseruationem familiarum, earum dignitates & honores, valida esse, docent multis *Albert. Brun. de statut. fœm. excludent. artic. 3. & Andr. Geil. obs. 140. lib. 2.* Quod statutum & priuilegium familiæ eo validius est, quod Regiis & Imperatoriis immunitatibus ita sit confirmatum, vt citra aliorum requisitorum adminicula, non solum possessionem, verum etiam titulum & dominium tribuat. Iam verò Reus conuentus vtpote proximus agnatus, adhuc in viuis existit; Fit igitur quod Dominus Actor, propter coniugem suam, vtpote fœminam, possessionem nullo iure affectet, sed quod Dominus de Rechenberg longè iustius possideat, propter tergeminatum adquisitum titulum, & tergeminatam titulatam possessionem: ge-
11 minationis enim tituli magna vis est, cum per eam possessio amplietur atque extendatur, vt pluris valeat possessio ter geminata titulo, quam simplex & nuda. *l. Balista & ibi DD. ff. ad SC. Trebell.*

11 Nonò, certi iuris est, quod is qui iure familiaritatis amici fundum ingreditur, sibi non possideat. *l. qui iure. ff. de adquir. vel amitt. poss.* atqui Dominus de Sprinzestein & ipsius Coniunx iure familiaritatis, inuisendi in ægritudine, & tractandi quædam causa, ad defunctum Dominum de Rechenberg venerunt; non igitur possident, etsi corpore in Castro Wartenberg sint. *d. l. qui iure,* nec potuerunt ex post facto con-
12 tra iuris artem & regulam causam possessionis sibi mutare *l. possideri. §. illud quoque ff. eodem.*

14 Decimò, non nemo existimauit, feudi possessionem ipso iure in hæredem continuari, *vt testatur Ioach. Mynsing. cent. 3. obs. 38.* itaque cum nos vel versemur in materia feudali, vel simillima, vbi ex pactis gentilitiis & antiquissimo fideicommisso masculi, exclusis fœminis, vocatur, efficitur, possessione ipso momento mortis vltimi possessoris in Dominum Reum transiisse, atque adeò possessionem nunquam vacuam fuisse. Et huc pertinet consuetudo illa qua possessio defuncti in heredem continuatur, *de qua Andr. Tiraquell. integ. tract. le mort saisit le vif.*

15 Vndecimò notum est in iure, quod hereditas iacens vicem personæ sustineat, & sui ipsius domina sit, *l non minus. §. 1. ibi, quia creditum est hereditatem dominam esse, defuncti locum obtinere. ff. de hered. instit. l. hereditas. ff. de adquir. rer. dom. l. cum hereditas. C. de posit.* seipsam quoque possidere censeatur; vt vel ex materia præscriptionum
16 apparet, vbi defuncti possessio heredi prodest, inque eum continuata videtur, etsi non statim post mortem defuncti, sed ex interuallo, quantumuis longo, hereditatem adiuit, possessionemque apprehendit, *l. Pomponius. §. 1. ff. de acquir. vel amit. poss. l. de accessionibus. ff. de diu. & temp. præscript. l. id tempus, cum l. seq. & l. heres. ff. de vsurp. & vsucap.* Ex quo iterum fit, quod cum hereditas seipsam possederit, Dominus actor in vacuam possessionem non venerit.

Duodecimò apprehensa vna re hereditaria, tota hereditas apprehensa non censetur, *Mynsing. cent. 3. obs. 39. Andr. Gail. lib. 2. obs. 129. num. 6. Vdalric. Zas. cons. 10. num. 6. volum. 1.* ergo licet Dominus Actor Castrum Wartenberg apprehenderit, quia

tamen alia dominia ad fideicommissum pertinentia non apprehendit, ea posside-re censendus non est, & sic in interdicto retinendæ, saltem quoad ista dominia, nihil obtinebit.

18 Decimotertiò interdicta omnia in rem concipiuntur, adeoq́; rem persequū-tur, penes quemcunq; existāt, quæ natura est omnium actionum realium. *§ omnium, & ibi Instit. l. de action. iuncta l. 1. §. interdicta omnia, ff. de interdict.* Quandoquidē igitur Domina Vidua detinet iam Windischen-boraw/Newstatt/Popschuß & Lindaw/ Dominus Actor ratione istorum bonorum actionem contra Rechenbergum non habet, vti existimat in cōclusione libelli sui, sed aduersus Viduam experiri debet.

Decimoquartò, illa possessio censetur iustior, & alteri præferenda, quæ ex anti-

19 quioribus titulis promanat, cum quælibet res sit reducenda ad principia, ex quibus originem traxit, *arg. l. si vnus, §. pactus ne peteret, vers. quod in specie, ff. de pact. & c. ab exordio. 35. dist. And. Tiraq. de retract. conuent. n. 80.* at verò possessio Domini Rei ortum habet ex simultanea inuestitura, priuilegio familiæ, testamento Ioannis de Rechenberg Equitis, & fideicommisso ex iis procedente; cum igitur hi tituli sint longe antiquiores, atq; est titulus Actoris ex testamento Georgij de Rechenberg, meritò Reus Actori in hoc retinendę possessionis iudicio præfertur.

Decimoquintò Dominus Actor suo nomine possessionem ingredi nō potuit, quia ipse non est de familia Rechenbergica, nec vllū aliud ius ad bona controuersa ex sua persona prętendere potest: Deinde non potuit ingredi nomine Vxoris, quia nullum ab ea mandatū habuit, vel saltem nullū apud acta produxit, & nemo igno-

20 rat, quod per extraneam personam absq; mandato possessio non adquiratur. *§. ex his itaque. l. per quas personas cuiq; adquiritur,* vbi Iustinianus Imp. & hoc est, quod dicitur per extraneam personam nihil adquiri posse: excepto eo, quod per liberam personam (veluti per Procuratorem) placet non solum scientibus, sed & ignorantibus nobis possessionem adquiri, &c.

Deniq; tot rationibus & argumentis, quibus Dominus de Rechenberg, idemq́; Reus possessionem suam defendit, fauor accedit, quo iura reum conuentum amplectuntur. *l. fauorabiliores. ff. de Reg. iur.* fauorabiliores, *ait Gaius,* rei potius quā actores habentur. Quæ regula maximè procedit in sententia concipienda, iuxta vulgare illud: Initio litis actorem fauorabilem esse, in medio vtrumq; pari passu ambulare, in fine autem Reo esse fauendum.

Hisce tamen omnibus, & aliis, quæ pro Domino Reo adduci possent, non attentis, existimamus Domini Actoris intentionem iuri cōformem, ideoq́; pro illo in hoc possessionis iudicio pronunciandum esse. Quod vt planum fiat, primùm de possessorij retinendæ, quod principaliter intentatum est, requisitis ostendetur, ea satis probata esse.

Conueniunt itaq; in hoc omnes, remedij retinendę duo esse extrema, quę Actor probare debet; possessio ex sua parte, &

22 turbatio ex parte Rei conuenti, *ita docuit Bart. in l. 1. §. vlt. nu. 18. ff. vti possidetis, & in l. vnic. §. 1. n. 3. C. eod. Rob. Marant. in tract. de remed. poss. n. 13. & in spec. suo p. 4. dist. iud. 7. n. 14. Pet. Rebuff. in com. ad constit. Galliæ, tom. 3. tit. de mat. poss. art. 2. gl. 2. nu. 14. Alex. cons. 92. n. 4. vol. 1. & cons. 136. n. 10. vol. 2. & alij quos sequuntur Iacob. Menoch. in tract. retinend. possess. remed 43. num. 556. cum seqq. & Ioseph. Mascard. de probat. vol. 3. concl. 1197. num. 1.*

Possessionem probat Dominus Actor firmissimo probādi modo, qui potest dari in probanda possessione rerum immobilium, nimirum per ipsam insistentiam in Castro Wartenberg, præcipuo fideicommissi loco. Nam quam primum Ioannes Georgius de Rechenberg mortem obiit, illo ipso die, qui fuit tertius Februarij anno M. DC. X. & literis, & facto ipso familiam omnem inducendo, officialibus commendando, residentiam siue aulam die Hoffhaltung cū requisitis necessitatibus victualium, & aliorum instituendo, à subditis fidelitatem stipulando, venando &c. ostendit, q̄ possideat; possessionemq́; tunc temporis adeptam nunquam deseruit, sed adhuc hodie corpore suo, cū omni sua familia, insistit: & per solam insistentiam rerum immobilium possessionem proba-

23 ri vno ore tradunt *DD. in l. stipulatio ista. §.*

hac

hac quoque ff. de verb. oblig. ibi gl. verb. stipuletur, Bart. n. 3. Iason. num. 4. Alex. n. 2. Mascard. post innumeros quos latissimè accumulat d. vol. 3. concl. 1105. Et vocamus hunc modū probandi firmissimum, quia ab ipsa possessionis substantia procedit, quæ nihil aliud est, quàm insistentia rei animo sibi habendi. *vt eam definiunt DD. & est text. in l. 1. ff. de adquir. vel amitt. poss.* vbi à pedum positione, id est, ingressu & commoratione in re possessionem appellari ICt[9] Labeo dixit: quia naturaliter *(subiungit Vlpian. ibid.)* tenetur res ab eo, qui ei insistit. Vnde etsi possessio etiam per actus probetur, vt per perceptionem fructuum, culturam agrorum, solutionem pensionum, & similia, quæ recenset *Menoch. d. remed. 3. num. 503. & Mascard. d. vol. 3. concl. 1136. cum aliquot seqq.* Veruntamen probatio ista est tantùm, vt ita loquamur, à posteriori seu effectu possessionis, quia qui fructus percipit, agros colit, pensiones ex re accipit, censetur ex effectu & actibus possessoriis habere possessionem; qui autem insistentiam ipsam probat, is probat possessionem à priori, cum substantia possessionis consistat in insistendo, adeoque etsi ob impedimentum alterius, aut alia de causa fructus non percipiat, agros non colat, &c. tamen possessor sit.

42

25

Quoniam verò possessio non corpore tantùm, & sic sola insistentia adquiritur, sed præterea etiam animus sibi habendi adsit, necesse est, *§. possidere. I. de interdi. l. quemadmodum. ff. de reg. iur. l. possideri, §. 1. ff. de adquir. vel amitt. poss.* adipiscimur, *ait ibi Paul.* possessionem corpore, & animo, neque per se animo, neq; per se corpore, &c. non deficit etiam animi huius probatio: quæ licet aliàs difficilis sit *c. nouit, de iudic. c. tua, in fin. de simon. gl. in c. de occidendis, 23. q. 5. & in clem. exiui de paradiso, de verb. significat. & in l. 2. ff. de interrogat. in iur. faciend.* hoc tamen loco, quo diserta declaratio ad iudicem competentem directa (& libello litterá D. item Exceptionibus lit. O. num. 7. annexa, adeoque confessata) producitur, est facillima; quandoquidem in his, quæ in animo cuiusq; consistunt, stari soleat dicto declarantis, & protestantis, *l. fideiussor, in princip. ff. qui satis d. cogant. l. fin. §. item si prædixerit. ff. naut. caup. stabular. l. at si quis. §. plerique ff. de religios. & sumpt. funer. VVesenb. cons. 33. num. 45. & Decian. resp. 72. num. 38. vbi addit idem tradi per Bartol. & omnes DD. in l. nō solum. §. morte. ff. de nou. oper. nunciat. & per omnes Canonistas in c. cùm M. Ferrar. de constit.* & talis animus præsumatur, qualia sunt verba aut facta, *l. is qui. §. Diuus ff. de tutor. & curat. d. l. Labeo. ff. de supell. legat. l. reprehendenda. C. de instit. & substit.* Quandoquidem igitur & factum insistendi, & animus per literas declaratus, & actus varij ex præuia insistentia subsequentes concurrunt, sine difficultate concludendum est, per hæc possessionem Domini Actoris sufficienter, & legitimè esse probatam.

26

27

28

29

Nec obstat dictum rei conuenti, quo negat hinc inde in Exceptionib[9] actorem possidere, & quo exagitat declarationem & titulos ei insertos, quasi non sufficiant ad possessionē: quia ad illam negationem respondemus, quod actor probat suam affirmationē per euidentiam rei, & ipsam ocularem inspectionē, cum reuera commoretur in Castro Wartenberg, eiq; cum omni familia sua insistat, qua probatione nihil est certius, & firmius, *vt post alios latè ostendunt Ioseph. Mascard. de probat. vol. 1. q. 8. per tot. & Andr. Tiraq. de retract. consanguin. §. 4. gl. 1. num. 37. cum seqq.* sicq; stante hac probatione affirmationis, negatio rei conuēti non attenditur, neq; necessum est, vt vlterius se fatiget in probandis actibus possessoriis, quia sola insistentia à priori probat possessionem: & actus sunt quid consequens actualem insistentiam, seu possessionem, qui possunt adesse & abesse sine detrimento possessionis, & insistentię. Ad hoc, quod de declaratione, & titulis ei insertis dicitur, respondemus, nuda assertione animum probari, *vt scripsimus, & tenet Mascard. de probat. vol. 1. concl. 94. num. 14. cum seqq.* nuda item & simplici declaratione bonorum possessionem coram iudice agnosci, *vt docent, in l. vlt. C. qui admitt.* nec opus esse vllum titulum, aut edicti caput, ex quo succedere quis cupiat, allegare, *vt post Bart. Castr. Salic. & communiter DD. egregiè demonstrat Ioan. Sich. in rubri. dic. tit. C. qui admit. n. 29.* ergo nihil videmus, quod desit sępè dictę declarationi, quo min[9] per eam animus

31

31

animus possessoris cognoscatur, nec multum soliciti esse debemus de titulis allegatis, quia omninò omitti potuissent, adeoque superflua eorum mentio nocere non debet, *l. non solent. ff. de reg. iur.* non solent, *ait Vlp.* quæ abundant, vitiare scripturas; nec disputabatur tūc temporis de eorum iustitia, multò minus ad hunc processum pertinent, sed declaratio illa in eum finem allegatur, & hoc tantum operatur, vt per eam de mente possidere volentis constet.

34

Porrò possessionem ita probatam multa adminicula corroborant, & iustificant, vt quod non sit violenta, cùm eo tempore Dominus Actor ingressus sit, quo vacua fuit, vt ex responsionibus ad contraria patebit: quod non sit clandestina, quia possessor rem omnem iudicis aurib⁹ intimauit, non solum declaratione commemorata, verùm etiam multis ꝓtestationibus, quæ decretum immissionis processerunt; quod non fuerit precaria, quia suo, seu potius coniugis iure ingressus est, nemine precibus fatigato, sicut nec opus fuit hoc facere: adeoq; absunt ab hac possessione omnia vitia, quæ Prætor in interdicto vti possidetis detestatur. *l. 1. in princ. & §. fin. ff. vti possidet.* Item possessio ista est titulata, ex testamento proauito, & fideicommisso ex eo descendente: & quod plus est, etiam iusta, quod aliàs prętor non requirit. *l. 2. ff. eod.* nam Dominum de Sprinzenstein propria auctoritate ingredi potuisse fideicommissum, & ex hoc iustè possidere, ita fusè prioribus nostris responsis demonstratum est, vt actum ageremus, si quid hoc loco repeteremus.

35

36

His accedit continuatio possessionis, quia postquam Dominus actor 3. Febr. anno M. DC. X. eam animo & corpore apprehendit, ab illo tempore in hunc vsque diem eam nunquā deseruit, quod rursum ocularis inspectio & euidentia insistentię euincit, & sic tam tempore illatę turbationis, quæ post decretū immissionis extortum cœpit: quàm litis contestatæ, quæ in hoc processu facta est, possessor immotus extitit; quod sanè ad victoriam in hoc iudicio retinendæ sufficere debet, *propter text. in §. retinendæ. verf. quorū ius & potestas. I. de interdict. & notata à Mascard. vol. 3. de probat. concl. 1197. nu. 10. cum aliquot seqq.* Deniq; quod maximè aduertendum est, Dominus actor probauit possessionem antiquioré, nempe quod 3. Febr. anno M. DC. X. & ita statim post mortem vltimi possessoris corpore & animo eam apprehenderit: ex diuerso Dominus Reus nullo modo ostendere potest, quod ante decretum immissionis 18. demū Martij eiusdem anni, impetratum, se bonis controuersis immiscere, aut possessioné eorum adipisci voluerit: imò per paucis diebus ante decretū hoc: quando apertum fuit testamentum dicti vltimi possessoris, petiuit ius deliberādi ad decem dies Dominus reus, quibus se resoluere velit, an heres esse cupiat, nec ne: id quod acta satis claré docent, nec potest Dominus reus adferre aliud, in quascunq; demum se partes verset. Indubitati autem iuris est, eum qui probat anteriorem & antiquiorem possessionem, in possessorio retinendæ, palmam reportare; *notant omnes in c. licet causam, de probat. præsertim Fel. sub n. 8. verf. tertia causa victoriæ, Bart. in l. si duo. n. 4. verf. si verè testes, ff. vti possidet, & in cons. 121. nu. 2. Bald. in l. arboribus. §. nam etsi agrum. ff. de vsufr. & in cons. 420. n. 8. vol. 1. & in cons. 445. n. 11. vol. 5. Petr. de Anchar. cons. 274 nu. 1. Alex. cons. 116 nu. 1. vol. 1. Natta, cons. 538. n. 3. cons. 572 nu. 1. cum seqq. cons. 649. nu. 13. plenè Iacob. Mascar. de probat. vol. 3. concl. 1200. n. 1. cum seq.* idq; eo vsq; procedere tradūt, vt etsi vna hora quis in possessione præcedat, hic obtinere debeat, cum vbi vis est in prioritate & posterioritate temporis, non modo dies, verum etiam hora, & momentum sint in consideratione, *vt ait idem Natta. d. cons. 538. nu. 4. & latius prosequitur. Andr. Tiraq. in tract. de iur. primigen q. 2. n. 2. & Mascard. d. concl. 1200 nu. 19.* Quoniam igitur ex computatione temporis inter declarationem de apprehensa possessione ex parte Domini actoris, & decretum immissionis ex parte Domini Rei manifestū est, quod illa non vna hora, aut vno die, sed ipsis sex septimanis prius possederit, antequam iste vel tentārit possidere, certè ille, id est, Dominus actor in hoc possessorio iudicio potior esse debet.

37

38

39

Estque huius doctrinæ ratio (vt ita ad secundum requisitum actionis intentatæ veniamus) quod ex quo duo in solidum possi-

40

possidere eodem tempore non possunt. *l.3.§.ex contrario.ff.de adquir.vel amit.poss.& l. duo in solidum.ff.de precar.* posterior possessio, quæ prætenditur, vel debeat esse
41 clandestina. *l.clam possidere. ff. de adquir. vel amitt.poss.* quæ ad obtinendum in interdicto vti possidetis non prodest. *d.l.1.ff.vti possidet.* vel certè nulla possessio, sed turbatio potius antiquioris possessionis, quæ turbatio facit, vt acto robtinere debeat, *per supra dicta.* cum potissimum per hoc inter-
42 dictum turbatio corrigatur. *d.l.1.§.est igitur, & d.l.si duo.§.item videamus ff. vti possidet.gl.& DD.in d.l.clam possidere,§.fin.ff.de adquir.vel amitt.poss.*

Hinc in proposito nostro, quandoquidem Dominus Actor per insistentiam realem & animi declarationem possessionem probauit, & quidem talem, quæ omnem machinationem Domini Rei præcessit: item quandoquidem acta, & hodiernus processus ostendunt, quod Dominus Reus post obtentum decretum immissionis, varia tentauerit, fidelitatem à subditis accipiendo, iurisdictionem exercendo, agros colendo, fructus percipiendo, &c. & ita tamen tentauerit, vt Dominum actorem possessione omninò non
43 deiecerit: consequitur omnes istos actus esse turbatiuos, & punibiles, *vti latè deducunt Menoch. d.remed.3.retin.poss. num.467. cum multis sequent.& ante eum Rebuff.in comment.ad reg.constit.Galliæ,tom 3. tit.de mater. poss.artic.1 gl 2.item Mascard.de probat.vol.3. concl.1397.per tot.* Turbatio namq; per eosdem fermè actus probatur, per quos ipsa possessio probatur. Et sicut in moralibus pleræque virtutes sua habent vitia, ipsas quasi æmulantia: vt fortitudo temerariam audaciam: liberalitas profusionem, &c. ita turbator possessoris quasi æmulus, & simia est, facitque ea, quæ facere posset, aut deberet verus possessor, atque adeò obtinet illud Comici; duo cum faciunt idem, non est idem. Vt igitur turbator à possessore distinguatur, semper considerandum est, vter ex istis duobus antiquiorem possessionem habuerit; nam data priori possessione, posterior vtcunque imaginem possessoris habeat, merus tamen turbator est.
44 Et hoc est quod scribunt DD. nostri de actibus possessoris, eos probare possessionem; semper enim subiungunt hoc procedere, si nemo alius in possessione fuit: vt ecce Menoch.d.remed.3.retin.poss.num.564. docet possessioné probari per fructuum perceptionem, & mox subiicit, declaratur non procedere, quando reipsa constat alterum possidere: item *num.570.* ait possessionem probari ex descriptione, in libro æstimi; & rursum subiungit, quod non procedat, cùm constat reipsa alterum possidere: & sic de cæteris actibus.

Vel certè si quam possessionem Actor amisit, fortè per clandestinam illam transactionem, quam Reus cum Vidua, inscio actore, & intra decendium ad deliberandum petitum iniuit, inque eam, quantum in se fuit, Dominia quædam ex fideicommisso transtulit; nihil tamen amisit aliud, quàm naturalem possessionem, & quidem vitio clandestinitatis affectam; ciui-
45 lem autem, quæ in animo per hunc processum, & quæ eum præcesserunt satis declarato, & manifesto consistit, retinuit, *d. l.clam possidere.§.qui ad nundinas ff.de adquir.*
46 *vel amitt.poss.* quæ sane ciuilis possessio sicut ad interdictum vti possidetis sufficit, prout neminem dubitare scribit *Menoch.*
47 *de remed.3.num.22.* ita naturalis clandestina aduersarios non iuuat.*d.l.1.ff.vti possidet.*

Per hęc constat probatio extremorũ, seu substantialium, in remedio retinendæ à Domino actore principaliter intentato: quæ probatio quod per exceptiones, & obiectiones Domini Rei elisa non sit, sed stet inconcussa, ex responsionibus ad rationes dubitandi propediem manifestum euadet.

Iam quod attinet possessorium adipi-
48 scendæ, quod euentualiter Actor cumulauit, sicuti hoc ex permissu iuris fieri potuit, *per tradita DD.in l.naturaliter. §.nihil commune ff.de adquir. vel amitt.poss.& ea quæ habent Castrens.Tiraquell. Menoch. & Personal. à nobis secundo nostro responso. §. cæterum cum hæc res, &c.allegati,* ita non sine magna cautela factum est. Quamuis enim in casu nostro, quo omnia fideicommisso litigioso subiecta bona, ad Castrũ & Dominium Wartenberg tanquã principalem locum, in quo possessores fideicommissi residentiam, quam vocant, habebant, & ex quo officialibus, & subditis omnibus iura dabant,

bant, & collectas, pensiones, fructusque debitos accipiebant, pertinere iam intelligamus, ex iuris medulla defendi possit, quod apprehensa possessione Castri Wartenberg Dominus Actor omnia ad fideicommissum spectantia apprehẽdisse censendus sit, *vt tenet eleganter Zas. in l. possideri, in princ. num. 20. ff. de adquir. poss.* in cuius
49 legis specie adquisiuisse fundi possessionem dicitur is, qui quãuis eius fundi partem introiuit, nec necessum esse, vt singulas glebas circumambulet, dummodo mente, & cogitatione hac sit, vt totum fundum vsq; ad terminum velit possidere. Jta non absimiliter hic, etsi Dominus Actor non singulas partes fideicommissi corpore suo contigit, eo tamen ipso, quod principalem locum, ad quem cætera relationem habent, ingressus est, & quidem animo habendi totum fideicommissum, totum quoque apprehendisse vtilitatis causa censendus est.

Quamuis, inquimus, hoc ita ex iuris nostri principiis sustineri queat, veruntamen quia in quæstione, an quis possideat, multum arbitrio iudicantis tribuendum est, prudenter Dominus Actor remedium adipiscendæ in eum euentum cumulauit, quo iudex arbitrari vellet, totum fideicommissum apprehensum non esse. Hac namque specie licet virtute remedij retinendę res nondum apprehensas fortè obtinere actor nequeat (de quo tamen infra videbimus in responsionibus ad 12. dubitandi rationem) tamen vi remedij adipiscendæ vt obtineat, religioni iudicantis incumbet.

50 Nam certum est apud auctores iuris, quod fideicommissarius legalem habens restitutionem, vel interdicto quorum bonorum, aut remedio. *l. vlt. C. de edict. D. Hadrian. tollend.* possessionem nunquam habitam possit ad se auocare, ab eo qui fideicommissum, vel partem ipsius, detinet, *vt ex Bartol. Gomez. Peregrin. Person. Menoch. & communi DD. sententia d. nostro respons. 2. q. 1. fere circa finem deduximus.* Atqui Dominus Actor ex testamento proauito Vxoris nomine fideicommissarius est, *vt q. seq. videbimus*, deinde habet legalem restitutionem ex constitutione Iustiniani, *in l. sancimus, §. cum autem. C. ad SC. Trebell.* propterea
51 quod non sit primus fideicommissarius, qui de manu heredis directi fideicommissum tenetur accipere. *l. restituta. ff. eod.* sed vlterior; & heres directus, cuius honori & commodo debetur, ab ipso fideicommissum accipere potius, quam propria auctoritate inuolare, non viuit amplius, adeoque non datur talis heres, cui restitutionis munus incumbat. Tertiò Domini Rei colores & tituli, propter quos successorem se esse putat, merę prætensiones sunt, & in puncto iuris non subsistunt: *vt eadem q. seq. demonstrabitur*; Ergo & in possessorio adipiscendæ Actor intentionem fundatam & probatam; nec vllo modo elisam à Reo, habet.

Dicas Dominum Actorem in conclusione libelli euentualiter etiam petere possessionem illorum, quæ apprehensa à Domino Reo ipsi fortè extorta sunt, ibi, da auch an denselben etwas de facto entzogen in integrũ zu restituiern, & quæ de transactione cum Vidua inita sequuntur, igitur non tantùm debuisset cumulare remedia adipiscendæ, sed & recuperandæ, *arg. §. recuperandæ. I. de interd. cum similib.* respondemus, Dominum Actorem apprehẽsorum ciuilem possessionem non petere, quia eam, propter continuationem litis, ex qua animum retinendi colligimus, nullo modo amisit, sed naturalem solummodo, ait enim da jm etwas de facto entzogen worden; ad recuperationem autem huius naturalis possessionis sufficit remedium re-
52 tinendæ, quod pro tuenda possessione ciuili in necessarium antecedens habet vim restitutorij remedij, propterea quod nemo in ciuili sua possessione possit esse tutus, nisi ipsi restituatur etiam possessio naturalis, *ita pulchrè Menoch. d. remed. 3. retin. poss. num. 26. & seq. & Marc. Anton. Peregrin. in tract. de fideicom. art. 47. num. 25. vers. & hoc casu.*

Reliquum nunc est, vt ad exceptiones, & obiecta Domini Rei respondeamus, & ad singula ostendamus, ea tanti momenti nõ esse, vt Actoris intentionem probatã in hoc possessorio iudicio possint eneruare. Faciemus autẽ eo breuius, quod pleraq; superioribus nostris respõsis confutata sint.

Nam

Nam quod attinet in primis decretum de immittendo, & secundò ipsam actualem immissionem, & receptionem fidelitatis à subditis, attigimus *resp.1.quæst.2.circa fin.* & plena manu deduximus *resp.2.q.1.§. tertium obiectum, cum aliquot seqq.* quod ex receptissima, & verissima Doctorum sententia decretum illud, non citato non audito possessore, ad importunas fortè preces Domini Rei, nimis fulminanter, & sine vlla causæ cognitione datum, quoad iuris effectus nullarum virium sit, & qua facilitate datũ fuit, eadem reuocari debeat: quod item immissio subsecuta nihil aliud sit, quàm mera & vera turbatio, quæ hunc processum causauit, & iudiciali sententia corrigi debet. Vnde ibi, & paulò ante de natura turbatoris & turbationis dicta, huc repetita volumus, ne crambe recocta fastidium lectori adferamus.

Et quod hic adducitur ex interdicto, *ne vis fiat ei qui in poss. &c.* quod per decretum iudicis possessio vacua fuerit effecta, quod item pro facto iudicis præsumatur,
53 facilem solutionem habet, quia interdictum illud datur rei seruandæ causa illi, qui iustè, solenniter, & seruato iuris ordine à Prætore in possessionem missus est, *Menoch. de retin. poss. remed. 1. num. 15. & 27.* est q; *text. in l. 1. §. hæc verba. d. tit. ff. ne vis fiat ei. &c.* faciunt quæ habent *Bart. Alexand. & Ias. in l. iustè possidet. ff. de adquir. vel amitt. possess.* vbi dicunt eum iustè possidere, qui auctore prætore possidet, ritè faciendo, seruato ordine iuris, quod hic factum non est. Quod per hoc inualidum decretum possessio vacua effecta sit, nec probat, *cit. §. species, in l. permisceri. ff. de adquir. vel amitt. poss.* nec ratio iuris patitur, quæ non permittit iudici quem sine causæ cogni-
54 tione sua possessione priuare. *c. conquerente, de restitut. spoliat. l. 2. C. si per vim, vel al. mod. l. auctoritatem, & l. meminerint. C. vnd. vi, DD. communiter in l. vnic. C. de prohib. sequest. pec.*

55 Cessat etiam præsumptio quæ alioqui pro iudice militat, si sine causæ cognitione procedit, *Menoch. de recup. poss. remed. 8. numer. 8.* & impunè ei resisti potest, *l. prohibitum. C. de iur. fisc. Altiat. de præsumpt. reg. 3. præsumpt. 9. in fin. Dec. in l. vt vim. nu. 24. ff. de iust. & iur.*

Nec iuuat causam Domini Rei, quod tertiò adductum fuit de cessione Viduæ, qua cessit omnia iura sua Domino Reo, quæ habuit in Dominio Wartenberg, respondet enim pro nobis iuris regula, ne-
56 minem plus iuris in alterum transferre posse, quam ipse habeat. *l. nemo plus iuris. ff. de regul. iur. c. nemo eod. in 6. l. traditio. ff. de adquir. rer. dom. c. nuper de donat. int. vir. & vxor.* atqui vidua nihil habuit in illo Dominio, cum vxor marito non succedat regu-
57 lariter. *tit. ff. & C. vnd. vir & vxor.* nec titulo hereditatis, aut legati à marito ei fuerit relictum, sed alia (ob defectum potestatis non benè) Dominia: sicut nec relinqui potuit, vtpotè restitutionis onere grauatum: vel si quid iuris habuit propter pacta dotalia, der heurathlichen Sprüch halber / non potuit impedire Dominum Actorẽ, quo minus ingrederetur, *vt mox dicemus*, quod si non potuit impedire ingredientem, quatenus hoc ius existebat penes Viduam cedentem; non potuit ei quoque nocere, quatenus venit ad Dominum Reum cessionarium. *d. l. nemo plus iuris.*

Ad quartam obiectionem dicimus, siue ius illud, quo mulier manet in possessione bonorum post mortem defuncti, donec ipsi satisfiat de dote, & aliis ad maritum allatis, vocemus ius familiaritatis, siue ius retentionis (quod nos existimamus) siue possessionem (quod iure defendi vix potest) nunquam tamen impedit ingressum, & adquisitionem possessionis heredis, aut fideicommissarij, sed salua iuris ratione simul concurrere possunt Vidua & fideicommissarius, neque est no-
58 uum, vt plures sint in possessione diuerso respectu, ex diuersis iuribus, *DD. in l. 3. §. ex contrario, ff. de adquir. vel amitt. poss. & in l. si duo, ff. vti possidet, & probauimus d. nostr. resp. 2. §. accepimus quidem, & latius confirmatur in replicis, nobis fol. 271.*

Hinc ruit omne illud, quod de spolia-
59 tione subiungitur, quia vbi concursus plurium in possessione admittitur, ibi vnus alterum ingrediendo non spoliat suo iure, sed quilibet in re quærit, & tenet, quod suum est, aut sibi debetur.

60 Quoad actus possessorios, de exercitio iurisdictionis, perceptione fructuum, & si qui sunt similes, iam supra responsum

est, quandoquidem Dominus Reus eos
exercuit, & exercet, dum possessio erat ab
alio iam ante, & quidem antè sex septima-
nas, occupata; actus isti non fuerunt, nec
sunt actus possessorij, sed turbatiui, & per
eos Reus non est possessor, sed turbator.

In sexta, septima, & octaua rationibus
dubitandi tres tituli allegantur, inuestitu-
ra simultanea, priuilegium familiæ, & te-
stamentum Ioannis Georgij de Rechen-
berg: sed hosce putatiuos titulos nullius
prorsus momenti esse, sequens quæstio o-
stendet. Et opponimus istis putatiuis titu-
lis, certissimum titulum Domini Actoris
ex testamento Georgij de Rechenberg,
de quo iam d. q. plura.

Jllud sanè falsum omninò est, quod
circa tertium titulum insinuatur, pacta
gentilia regiis immunitatibus confirma-
ta, casu quo in rerum natura sunt, posses-
sionem successori in familia tribuere, vt
ex dicendis ad decimam dubitandi ratio-
nem patebit.

61 Nonò concedimus, eum qui iure fa-
miliaritatis fundum ingreditur sibi non
possidere, *d. l. qui iure. ff. de adquir. vel amitt.
poss.* concedimus etiam Dominũ de Sprin-
zenstein cum Coniuge ad amicum venis-
se, adeoque viuente amico non possedis-
se. Pernegamus autem quod non appre-
henderit possessionem amico defuncto,
propter dicta in rationibus decidendi: perne-
62 gamus item quod hæc apprehensio con-
tra iuris regulam fuerit, qua nemo sibi
causam possessionis mutare potest, *l. 3. §. il-
lud quoq. ff. de adquir. vel amit. poss.* qui enim
iure familiaritatis apud alterum versatur,
nulla ratione possidet, sicque etiamsi inci-
piat, ob casum superuenientem, posside-
re, tamen cum possessionem non habuit,
causam possessionis sibi mutasse dici non
potest: sed potius possessionem de nouo
adquisiuisse. Et dato regulam citatam ad
hunc locum pertinere, fallit tamen in ca-
su, quo causa mutationis superuenit, vt
hìc mors fratris, eiusdemque possessoris
fideicommissi. *l. nõ solum. §. quod vulgo. ff. de
vsucap. l. qui bona fide. §. quod scriptum est ff. de
adquir. vel amitt. poss. latè & in terminis Ioan.
Cephal. cons. 4. nu. 37. cum seqq. & respondimus
idem responso nostro primo. q. 1. §. quãdo dicitur.*

Ad decimam dubitandi rationem re-
spondemus, ex iuris nostri præscripto sæ-
63 pè quidem fieri, vt dominium ipso iure
in successorẽ transeat, sed possessio nun-
quam transit, nisi apprehendatur. *text. in
l. cum heredes. ff. de adquir. vel amit. poss.* & ha-
64 bemus exemplum in suo herede, in quem
licet dominium absque vllo ipsius facto
transeat, possessionem tamen, si eam vult
habere, apprehendere debet, *ita post mul-
tos, quos accumulat And. Gail. lib. 2. obs. 129.* ra-
65 tio, quia cum possessio in adquirẽdo plus
facti habeat, quàm iuris, facto opus est, id
est, apprehensione, *l. denique. ff. ex quib. caus.
maior. l. si quis vi. § differentia. ff de adquir. vel
amitt. poss. cum simılib.* Hoc posito, etsi stan-
te priuilegio familiæ & fideicommisso ei
inserto (quorum tamen vtrumque erro-
neum est) dominium fideicommissi ipso
iure transiret forsitan in proximum agna-
tum, possessio tamen nunquam transiret,
nisi ipso facto eam agnatus apprehende-
ret, quod quia Dominus Reus statim post
mortem defuncti non fecit, sed post ad-
quisitam possessionem actoris demum
tentauit, sicut cum continuatione posses-
sionis à defuncto in se blandiri sibi non
potest, ita nec iuuare eum potest, quod
post festum, vt aiunt, & iam plena posses-
66 sione tentauit. Opinio illa, quod possessio
feudi ipso iure in filium transeat, in pun-
cto iuris nõ procedit, prout eam nec Myn-
singerus, nec Domini Camerales sunt se-
cuti apud eundem *Mynsing. d. cent. 3. obs. 38.*
& refellit eam copiosè *Vdalr. Zas. cons. 10.
num. 8. cum seqq. vol. 1.* etiamsi ibi de suo he-
rede sermo sit, in quem longè facilior vi-
debatur continuatio, quàm in eum, qui
iura suitatis non habet, qualis in proposi-
to agnatus est. Nec allegatur in actis, mul-
tò minus probatur, quod consuetudo Gal-
lorum (le mort saisit le vif) in loco, vbi lis
ista pendet, vigeat: & eo ipso quod ex con-
suetudine locorum quorundam possessio
à defuncto ipso iure continuatur, conse-
quens est, iure scripto aliud cautum esse.

67 Ad vndecimum argumẽtum respon-
demus, iacentem hereditatem personam
defuncti sustinere, dominiumque & pos-
sessionem defuncti per eam retineri, vti-
litatis causa, & ad certos iuris effectus: quos
inter nullo modo ille est, vt fictio ista iuris
debeat impedire ingressum in possessio-
nem

nem futuri heredis, qui sua auctoritate in-
gredi potest, quandocunque ei placet, *vt
in vulgus notum est, & tradit Andr. Gail. lib. 2.
num. 10.* sicq; quoad effectum adeundi, aut
fideicommissum apprehendendi, &c. va-
care hæreditas semper dicitur.

Quod duodecimò obiicitur, appre-
hensâ vnâ re hereditariâ, cęteras non cen-
seri apprehensas; respondetur primò, ex
68 supradictis, quod hæc doctrina non pro-
cedat in casu, quo res principalis est ap-
prehensa, animo habendi ea omnia, quæ
ad ipsam tanquam pertinentię & accesso-
ria spectant, *per text. in d. l. 3. in princ. ff. de ad-
quir. vel omitt. poss. vbi communiter DD. Nat-
ta cons. 446. num. 2. & 3.*

69 Secundò respondetur, possessionem
necdum realiter apprehensam, in vsu ta-
men & effectu iuris pro apprehensa habe-
ri, quoties facto & culpa aduersarij appre-
hendi non potuit, *c. cum contingit, ext. de dol.
& contum. l. cum vnus. §. fin. & l seq. vbi gl. ff. de
bon. autorit. iud. possid. l si finita. § illud. ff. de dã.
infect. in specie Aym. Crauett. cons. 376. num. 21.*

Tertiò etiamsi daremus, quædam bo-
na ad fideicommissum pertinẽtia appre-
hensa non esse, tamen & hæc religio iudi-
cantis actori ad iudicare debebit, non qui-
dem vi remedij retinendæ, sed vi remedij
adipiscendæ, quod cum isto in libello cu-
mulauit.

Non obstat decimũ tertium argumen-
tum, quo dicitur, Dominia Windischen-
boraw/Newstatt/Lindaw/Popschütz/ non es-
se amplius in manu Rei conuenti; quia re-
ctè respondetur in replicis, quandoquidẽ
Reus, putatiuus hæres ex testamento nu-
per defuncti Rechenbergi, suo facto, &
clandestina transactione, ea in Dominam
70 Viduam transtulit, turbasse actorem in sua
possessione censendus est. *l. si duo. §. videa-
mus si actor. ff. vti possid. Rebuff. in comment.
constit. Gall. tom. 3. tit. de mater. poss. art. 1. gl. 2.
num. 9. vers. 4. Menoch. d. remed. 3. retin. possess.
num. 483 Mascard. vol. 3. de probat. concl. 1397.
num. 54. & 56.* qui rem alterius, ait, vendit ac
alteri tradit, turbare eum dicitur, adeoq;
propter hanc turbationem obligatus est
Dominus Reus, dominia ista, à se in Vi-
duam translata, auocare, & actori natura-
lem eorum possessionem, quam suo facto
71 ei abstulit, iterum restituere. Et simile
est, quod de rei vindicatione dicitur, dari
contra eum qui possidet, aut dolo desiit
possidere. *l. qui dolo. & l parem. ff. de reg. iur.
& l. is qui dolo. cum l. sin autem. § sed & is. ff. de
rei vindicat.* dolus enim alienantis pro pos-
72 sessione habetur. *Ioan. Schneid. in §. omniũ,
num. 85. cum seq. I. de actionibus.* & intercessit
sanè machinatio aliqua in præfata transa-
ctione, dum Dominus Reus eam celebra-
uit clam, & sub prætextu iuris deliberan-
di, an adire velit necne. Facit, adeoq; rem
præsentem decidit *cit. lex. 1. §. interd. omnia.
ff. de interd.* Vbi Vlpian. interdicta omnia
licet in rem videantur concepta, vi tamen
ipsa personalia sunt, id est, personam, quæ
circa possessionem alterius non rectè ver-
sata est, arctant, etiamsi apud alium res ex-
istat.

Ad decimumquartum argumentum
respondemus, primò titulos assertos in
rerum natura non esse, *vt ex infra dicendis*
73 *patebit*, nec igitur Dominus de Rechen-
berg in iis fundare se potest: Secundò & a-
liter respondemus, etiam ponendo tales
titulos, tamen verum est, quod probans
antiquiorem possessionem, maximè titu-
latam, vincat eum, qui iuniorem posses-
sionem prætendit, quantumuis titulum
antiquiorem ostendat, *ita post Bald. Alex.
Dec. Marant. Natta. Bero. & alios Iacob. Men.
de retin. poss. remed. 3. num. 727.* Ergo siue ad-
sint siue absint iam dicti tituli, antiquiori
eidemq; titulatæ possessioni Domini A-
ctoris non præiudicatur.

Circa decimamquintam dubitandi ra-
tionem dicimus, Dominum actorem ap-
prehendisse possessionem Vxoris nomi-
ne, nec opus fuit expresso mandato, cum
omnia præsente & annuente coniuge ge-
74 sta sint, & certũ est, eum, qui patitur, man-
dasse cẽseri. *l qui patitur ff. mandati.* certum
75 item est possessionem adquirere aliquem
posse, non solum per semetipsum, sed e-
tiam per mandatarios suos, immò etiam
per eos, qui nullo interueniente manda-
to, adeoq; etiam ignorantibus nobis pos-
sessionem nostro nomine apprehẽdunt,
siue sint nuncij, siue negociorum gesto-
res, modo illorum factum postea ratum
habeatur. *l. 1. §. per procuratorem, & ibi DD ff.
de adquir. vel omitt. poss. l si procurator. eod. §.
ex his itaque. I. per quas pers. cuiq; adquir. Pet.*

Rebuff.tom.3 constit.Gall.de mater.poss.in praef. n.202. ratihabitio enim mandato aequiparatur, & eius vim habet. *l. semper qui.l. hoc iure.ff. de reg.iur.c.ratihabitionem, eod.lit.6.*

77 Quod ad extremum reo fauendum sit, respondetur, Dominum actorem respectiuè reum quoque esse, propter naturam remedij intentati, *Menoch.de retin.poss.remed.1.n.94.* deinde regula *ex l.fauorabiliores. ff.de reg.iur.* procedit in casu quo ius actoris est valdè obscurum, & probationes hinc inde dubię *Dec.in iam d.l.* quod in proposito non est, vbi actor liquidò probat: rei autem merita, & iura non tantùm dubia, sed omnino non concludentia, *per supra dicta, & ea quae deinceps sequentur.*

Quaestio II.

SEQVITVR causa proprietatis, siue petitorium iudicium, circa quod sicuti antea ad informationem Domini Actoris bis pro eo respondimus: ita iam, visis exceptionibus Domini rei, vtpote quae in effectu nihil noui aut aliud continent, quam quae ex iam dicta Domini Actoris informatione antea habuimus, veritatis & iustitię officium à nobis exposcit, vt superiora nostra responsa vlterius confirmemus, & quod Dominus Actor non minus in petitorio, quàm possessorio iudicio, sit fundatus, ostendamus.

Jgitur ad rem ipsam mox accedendo, firmamenta Domini Actoris primùm proponemus: dein omnes partis aduersae praetẽsiones, & motiua, ita confutabimus, vt quiuis videre debeat, ea vel intentioni Domini Actoris non nocere, vel quod plus est, quoad multa, praefatam intentionem iuuare.

Decisio Quaestionũ.

Scripsimus olim, & etiamnum scribimus, causam Dñi Actoris fundamentum certissimum & immotum habere in priuilegio seu statuto Nobilitatis Glogouiensis, & in testamẽto Georgij de Rechenberg, iuxta tenorem priuilegij erecto.

Nam quod priuilegium attinet, conueniunt in hoc ambo litigantes, estq; aliâs notum & indubitatũ, in anno M. D. XIII. Vladislaum Regẽ Hungariae & Bohemię, ad instantiam Ioannis de Rechenberg Equitis aurati & Baronis, totiusq; Nobilitatis Glogouiensis, priuilegium eidem Nobilitati concessisse, cuius primum caput est, vt habeat illa Nobilitas de omnibus bonis, hoc est, non de allodialibus duntaxat (nam quoad ista priuilegio non fuisset opus, sed ius commune suffecisset) verùm etiam feudalibus liberrimam disponendi facultatem, atq; transferendi ea in quascunque personas, nemine, nisi Ecclesiasticis & Ignobilibus, excepto, prout in tenore ipsius priuilegij nobis ad replicas *sub lit.BB.* exhibiti. §. Erstlich/ daß nun/ ꝛc. disertè expressum est.

Et à die impetrati priuilegij in hunc vsq; diem, adeoq; vltra centum annos, ita semper iugi & continuo vsu obseruatum fuit, vt vi mentionati priuilegij Nobilitas etiam de feudis, vtpote ad instar bonorum allodialium redactis, liberrimè tam inter viuos, quàm per vltimas voluntates disposuerit, & pro re nata in cognatos aut extraneos, masculos aut foeminas indiscriminatim transtulerit, de quo rursus nulla est controuersia, & vel ex hoc solo, quod de actibus in familia Rechenbergica gestis deinceps adducemus, patebit.

Jn anno M. D. LIII. erigit Georgius de Rechenberg testamentum omni iuris solennitate munitũ, iuxta permissionem iuris communis, & praesertim statuti siue priuilegij iam dicti: Nach deme/ ait, vnd als nach Recht wolverordnet/ vñ sonderlich nach gemeines dises Fürstenthumbs Priuilegien außgesetzt/ vnnd hergebracht/ daß jederman frey offen steht/ seines Guts ordnung zuthun/ vñ das seines Gefallens zuuermachen/ so hab ich Georg/ ꝛc. Et in fine testamenti rogat, vt haec sua dispositio den gemeinen Lands Priuilegien vnd Statuten gemeß/ à locum tenente confirmetur, prout reipsa confirmatum fuit.

Jn hoc testamento heredes instituuntur Melchior filius; & Ioannes ex filio praemortuo nepos, sibiq; inuicem absq; liberis masculis decedẽtibus, reciproco fideicommisso substituuntur: post hanc institutionẽ & reciprocum fideicommissum progreditur testator (§. vnd daß Melchior) in fideicommisso ad vlteriores gradus, & iubet, vt si Melchior filius moriatur sine liberis

beris masculis, adeoq; bona omnia, vigo-
re reciprocæ substitutionis veniant ad Io-
annem nepotem, & à nepote ad pronepo-
tem, isq; pronepos decedat, antequã libe-
ros masculos habeat, quod tunc bona de-
beant venire ad proximum cognatum, si-
ue masculus sit siue fœmina, **Sollẽ die Fälle
der Güter an niemands anders fallen / vnnd
erben/dann an mein der von Rechenberg Ge-
schlecht/so am nechsten darzu gesippet vnd ge-
freundet seind/sie seind Mannlichs od' Weib-
lichs Geschlechts.** Et hic testator fideicom-
mittendo substituit.

Porrò casus ita contigerunt: Mortuo
Georgio testatore, Melchior filius, & Ioã-
nes nepos hereditatem adierunt. Postea
Melchior obiit relictis duabus filiabus,
nullo autem filio; adeoque vigore fidei-
commissi bona, etiam reluctantibus istis
filiabus, ad Ioannem integrè peruenerũt.

Successu temporis etiam Ioannes mo-
ritur, relicto filio Ioanne Georgio, & trib⁹
filiab⁹, Mariana, Anna, & Helena: hîc pro-
pter fideicommissum filiæ rursus exclu-
duntur, & succedit in fideicommisso filius
Ioannes Georgius. Denique iste Ioannes
Georgius, pronepos institutoris fideicõ-
missi, etiam moritur, nullis omninò libe-
beris relictis; sed ex latere sola (nam duę so-
rores Mariana & Anna ante fratrem deces-
serunt) sorore Helena. Quæ soror cum sit
fratri defuncto in secundo gradu, & absq;
omni dubio in cognatione proxima, per
expressissima & clarissima fideicommissi
verba ad fideicõmissum vocatur. Ideoq;
cùm sanctæ debeant esse & inuiolabiles
morientium voluntates, *l.1.C.de SS.Eccles.*
78 & instar legis obseruandæ, §.*disponat, nou.
de nupt.c.vltima voluntas,13.q.3.* nihilq; ma-
gis curandum, quàm vt illæ impleantur, *l.
4.C.de neceß.seru.hered.instit.* impiumq; sit
atq; crudele, eas negligere, *l.consulta Diua-
lia, C.de testam.* cùm item Georgius testa-
tor per verba allata (quæ sine calumnia
interpretari aliter nõ possunt) voluerit, &
propter priuilegium Nobilitatis potuerit;
& deniq; quod voluit atq; potuit, solenni
elogio inseruerit, nõ ambigimus, huic so-
rori & iam principali Actrici victoriam in
petitorio quoq; iudicio, contra Dñm Mel-
chiorẽ de Rechenberg reum conuentum,
eundemq; remotiorem agnatum, deberi.

Huic fundamento, quod iã ante primo
& secundo nostro responso multis iuris al-
legatis confirmauimus, possemus subiun-
gere alia, quę in libello & replicis Domini
Actoris hinc inde habentur, sed quoniam,
vt commune Aduocatorum dictum est,
bona causa tribus verbis contenta est, &
allatum fundamentũ pręcipuum, quodq;
euerti aut expugnari nulla vi potest, ideo
& nos pro astruenda sententia nostra ad-
ferre alia, deliberato animo, & ne cauillãdi
& disputãdi occasio detur, supersedemus:
& ad confutationem eorum, quæ ex ad-
uerso prætenduntur, recta accedimus.

De primo titulo Domini Rei, ex simultanea inuestitura, & priuilegio familiæ.

Primum & principale subsidium po-
nit Dominus Reus in simultanea inuesti-
tura, & priuilegio familię Rechenbergicę.
Quod vt commodius destruatur, separa-
tim de inuestitura agemus, & separatim
de priuilegio. Igitur ex instrumento, *sub
lit.A.* in exceptionibus producto, & anno
Domini M.CCCC.LXXVII. dato, ap-
paret quod Melchior de Rechenberg (qui
proauus Domini Rei fuisse dicitur) coram
Ioanne Silesiæ Duce antecessorũ suorum
simultaneas inuestituras produxerit, & pro
se, fratrisq; filio, eorumq; heredibus feu-
dalibus inuestituram simultaneam quoq;
petierit, & obtinuerit. Quæ inuestitura
vlteriùs renouata, & ad alios de hac fami-
lia, aliaque bona protracta fuit, in anno M.
D.IV. vt docet instrumentum *sub lit.B.* ex-
ceptionibus annexum. Ex hac simultanea
& renouata inuestitura sequitur, primò,
quod ab antiquo bona Rechẽbergiorum
feudalia sint, adeoque fœminæ ab ipsis ex-
torres, vt non tantùm verba inuestituræ
de heredibus feudalibus loquentia euin-
79 cunt, sed & notissima feudalis consuetu-
do *c.1.§.filia verò, de succeß.feud.c.1.quemad.
feud.ad fil.pertin.c.1.§.hoc autẽ, de his qui feud.
dare poß. cum similibus, adductis per Hartman.
Pistor.lib.2.quæst.iur.p.2.q.34.n.1.* Deinde se-
80 quitur, quandoquidem hæc inuestitura
est prima, vel saltem talis, qua antiquior
non inuenitur, quod sit fundamentum &
basis omnium sequentium, nec potuerit

 natu-

natura eius, in praeiudicium agnatorum ex ea ius quaesitum habentium, ne summi quidem Principis potestate, multò minus aliorum alterari aut mutari. *Sonsbecc. de feud. part. 9. num. 25. Schrader. de feud. part. 6. c. 2. numer. 31. Cephal. consl. 155. num. 10. vol. 2. Menoch. consl. 202. n. 35. vol. 3. Dec. consl. 24. nu. 8. vol. 1. & consl. 73. nu. 49. cum seq. vol. 2. Rosenth. de feud. cap. 6. concl. 69. per discurs.*

Ad hanc inuestituram respondemus, eam prorsus, aut saltem quoad qualitatem foeminarum exclusiuam antiquatã & sublatam esse, tum per priuilegium familiae in anno M. D. VIII. à Sigismundo Poloniae Rege impetratum, quo Nobilium de Rechenberg feuda in allodialia bona cõuersa sunt, vt vel ipse Dominus Reus in exceptionibus (*nobis fol. 26*) hisce verbis fatetur: **es auch** (Dominus Ioannes Eques) **bey jhr König. May. so weit gebracht/ daß alle seine/ seiner Gebrüder/ so wol Vettern Güter auß der Lehens Natur vnd Seruitut genommen/ vnd in die Freyheit gesetzt/ vnnd zu Erb vnd eigenen Gütern gemacht worden/** tum maximè per commune priuilegium seu statutum totius Nobilitatis in anno M. D. XIII. obtentum, quo, vt meminimus, feuda allodialibus bonis quoad dispositiones tam inter viuos, quàm per vltimas voluntates sunt exaequata. Ex quo sanè planissimum est, quod licet ad feuda foeminae regulariter non admittantur, hoc tamẽ feudorum ius cesset, stantibus iam dictis priuilegiis, ex quorum indultu bona Rechẽbergica vel feuda amplius non sunt, vel certè feuda merè hereditaria, & patrimonialia; atq; adeò antiquior inuestitura anno M. CCCC. LXXXVII. data, & anno M. D. IV. renouata hodie rectiùs non allegatur, quam leges antiquatae & abrogatae, quas qui allegat, crimen falsi incurrit, *l. fin. ff. ad l. corn. de fals. vbi Bart.* hoc nota, ait,

81 contra eos, qui allegant & ostendunt iudici statuta & reformationes correctas, *grauiter Speculat. in tit. de aduocato. §. vtriusq; quoque. num. 10. Felin. in c. fraternitatis. num. 2. de Haeretic. Vdalric. Zas. in §. in personam, in fin. I. de actionibus.*

Quod subiicitur inuestituram, ex qua agnatis ius, quaesitum est, non posse ita mutari, vt res feudalis fiat allodialis, non posse item alterari quoad qualitates, vt foemina, quae erat insuccessibilis, fiat successibilis, respondemus, quod haec doctrina & conclusio Doctorum procedit solùm quoad hoc, vt non possit mutari tenor primae inuestiturae in praeiudicium agnatorum non consentientium: at in praeiudicium suum proprium benè potest quis consentire mutationi inuestiturae,

82 quia scienti & consentienti non fit iniuria, *c. scienti de regul. iur. lib. 6. iunct. c. quod semel placuit, eod. tit.* & consequenter praeiu-

83 dicat hoc etiam heredibus, & successoribus eius, qui defuncti, cuius personam repraesentant, facto stare coguntur, etiam quoad iura, ex alio capite, quam hereditate defuncti, ad se pertinentia, *gl. & interpp. in l. fin. §. in computatione, C. de iur. delib. & in l. cum à matre. C. de rei vindicat. Valentin. Forster. de success. ab intest. lib. 2. cap. 2. num. 27. Anton. Gabr. lib. 6. commun. concl. tit. de reg. iur. concl. 11. num. 3. 4. 5. & 6. Mich. Crass. in §. hereditas. q. 12 num. 7. Ari. Pinel. in l. 1. part. 3. n. 79. cum seqq. C. de bon. matern.* prẹiudicat, inqui-

84 mus, non tantùm successoribus immediatis & primi gradus, sed & mediatis in vlterioribus gradibus postea succedentibus, & sic tam heredibus, quàm heredum heredibus. *l. heredis appellatio, & l. sciendum, cum ibi notat. ff. de verb. signif. ex antiqua regula. l. fin. C. de hered. instit. l. qui per successionem. ff. de reg. iur. vbi latè Cagnolus. Gabr. Grass. Pinel. cit. locis. And. Tiraq. in tract. le mort saisit le vif. part. 2. declarat. 5. num. 10. Iacob. Menoch. consl. 89. num. 20. iunct. num. 116. cum seqq. vol. 1. eleganter hanc rem illustrans & contrariis respondens.* Et in terminis quod inuestitura

85 mutari penitus aut alteri cum consensu agnatorum possit, & quod consensus iste etiam successores eorum afficiat, sine difficultate procedit apud feudistas, *vti videre est apud Vdalricum Zas. in epit. feudor. part. 6. numer. 23. Sonsbecc. de feud. part. 9. numer. 25. Andr. Gail. lib. 2. obs. 49. num. 9. Ioach. Mynsing. cent. 4. obseruat. 83. Curt. iun. de feud. part. 2. memb. 2. num. 43. & consl. 1. num. 10. consl. 108. num. 17. consl. 181. nu. 3. & complures alios, quos accumulant Henricus à Rosenth. de feud. cap. 6. concl. 69. in fin. & Ludolph. Schrad. de feud. par. 5. cap. 2. numer. 38. cum seqq.* qui omnes textu expresso nituntur. *in cap. 1. circ. fin. an agnat. vel fil. def. & in cap. 1. de eo, qui fec. fin. agnat.* & satis quoq; cõprobatur ex his, quae tradun-

duntur de alienatione feudi, quæ perfectè
& absolutè fieri potest, quoties feudi Do-
minus & agnati in alienationem consen-
tiunt, *vt per DD. in c. imperialem, de prohib.*
feud. alienat. per Frid. & Hartm. Pistor. lib. 2.
quæst. iur. part. 2. q 7. & 9.

Verùm ex priuilegio familiæ constat,
quòd mutationi feudorum in allodia con-
senserint omnes, qui post Melchioris de
Rechenb. mortem, ex inuestitura simulta-
nea ius quæsitũ habebant, & in specie Cle-
mens de Rechenberg, qui iuxta Genealo-
giam exceptionibus *sub lit. Cc.* annexam,
Domini Rei auus fuit; cõstat item ex pri-
uilegio Nobilitatis, quod omnis Nobilitas
Ducatus Glogouiensis arctissimo vinculo
se colligârit, & consensum præbuerit, ad
liberrimam disponẽdi facultatem, quoad
omnia feuda in illo Ducatu; Per hæc ergo
priuilegia, vtpote posteriora, recessum est
ab antiquiorib. inuestituris, & mutatã feu-
dorum naturã; nec potest iam Dominus
Reus idemq; successor retractare id, quod
Auo suo, cæterisq; agnatis placuit, cùm, vt
diximus, non tantùm heres, sed & heredis
heres defuncti factum præstare obligatus
87 *sit.* Quæ sanè eo fortius procedunt, quod
etsi distinguant DD. de consensu præiu-
dicante heredibus, an consentiens simpli-
citer consenserit, an præter consensum se
etiam de non contraueniendo obligaue-
rit, *vt tractat Hartm. Pistor. d. q. 7. nu. 42. cum*
seqq. tamen in nostro casu ex tenore priui-
legiorum apparet, primùm familiam Re-
chenbergicam, postea totam Nobilitatem
tàm pro se, quàm pro heredibus consen-
sisse, & sub amissione bonorum obligasse,
quod contrauenire nolint.

Secũdò, vt apertius dicamus, quod sen-
timus, mirandum sanè est, quod Dominus
Reus alleget pro sua intentione inuestitu-
ram illam antiquam, & interea ex ipsius
confessione (in loco ex Exceptionib. pau-
lò ante allato) appareat, feudorũ naturam
in allodia, impetratione Equitis aurati,
mutatã esse; si mutata, ergò & inuestitura
mutata, seu potius abolita, & non amplius
allegabilis *per not. in d. l. vlt. ff. ad l. Cornel. de*
88 *fals.* & ea, quæ de confessione iudiciali pas-
sim habetur, quod sit liquidissima, & vin-
cat omne genus probationis, *tot. tit. ff. & C.*
de confess. l. si debitori. ff. de iudic. c. 1. de confess.
c. cum Ioannes, de fid. instrument. & tradunt
89 *DD. in l. cum te. C. de transact.* Item cum ne-
mini vnquam in mentem venerit dubita-
re, quin statuto prouinciæ natura feudo-
rum alterari possit, cum ex consuetudine
possit, sanè certum apud nos est, quod &
hæc alteratio per statutum generale totius
Nobilitatis induci potuerit, quæ est de li-
bera dispositione circa bona feudalia, prę-
sertim cum per tale statutum ad ius com-
mune reditus fiat, faciunt quæ tradunt
DD. statuto aut consuetudine fœminas
ad feuda posse habilitari apud *Hermann.*
Vult. lib. 1. de feud. cap. 9. nu. 48. vbi complures
citat. Prętereà cum ante priuilegium com-
mune sine dubio plurima fuerint feuda
recta & masculina in Ducatu Glogouien-
si, & apud alias Nobiles familias inuesti-
turæ priuilegio antiquiores possint verisi-
militer adhuc inueniri, quis crederet, No-
bilem, talem inuestituram producentem,
& ex ea feudum rectum probare volen-
tem, auditum iri? cum per hoc præcipua
pars priuilegij, q̃ de libera dispositione
est, euerteretur, atq; adeò toti Nobilitati
non mediocre præiudicium generaretur.

Tertiò, circa inuestituram allegatam
& hoc notandum est, quod fuerit simulta-
90 nea, & inde nos credamus, illo in loco mo-
ribus Saxonum in feudis succedi, vbi col-
laterales etiam feudi paterni capaces non
sunt, nisi se simultaneè inuestiri curaue-
rint, *vt probat fusè Hartm. Pistor. lib. 2. quæst.*
91 *iur. p. 2. q. 19. n. 41. & q. 20. in prin.* Intelligimus
autẽ, ad hoc, vt aliquis in simultaneo feu-
do succedere possit, non sufficere, quod i-
pse aut antecessores eius fuerint simulta-
neè inuestiti, sed requiritur etiam, quod
eandem simultaneæ inuestituræ receptio-
nem continuârint toties, quoties contin-
git casus, vt inuestiturã ab aliquo peti ne-
cesse sit; vnde si in vltima inuestitura alicui
facta, agnati eius simul inuestiti non fue-
rint, licet antea super eodem feudo simul-
taneè consueuerint inuestiri, tamen vlti-
mo inuestito sine filio decedente, ipsi ad
successionem non admittuntur, sicut pro-
batur ex adductis *per Hieron. Scharpff. cons.*
16 cent. 1. & per Ludou. Fachsium, & Modestin.
Pistoris, apud Hartm. Pistor. d. q. 20. num. 31.
Atqui in proposito nostro habuit quidem
Dominus Melchior de Rechenberg proa-
uus

uus Domini Actoris inuestituram simultaneam,eaq; semel renouata fuit in Anno M. D. IV. ab illo verò tempore in hunc vsque diem,non potest producere Dominus Reus vllum instrumentum, quo vel ipse, vel Balthasar Pater, vel Clemens auus ipsius coniunctam manum, seu simultaneam inuestituram quaesitarint; ergo licet alia omnia essent salua, id est, licet feudorum natura per subsequentia priuilegia sublata aut alterata non fuisset, nihilominus tamen Dominus Reus, vtpote collateralis coniunctam manum nō habens, ex illa antiqua inuestitura ius succedendi non haberet, sed potius feuda ad Dominum redirent.

Quartò, circa inuestituram saepedictam considerandum est, quod Dominium Wartenberg, de quo praecipuè iam litigatur, nōdum fuerit apud familiam Rechenbergiorum, quando inuestitura ista data aut renouata fuit: sed Joannes Eques & Nicolaus frater ipsius in Anno M. D. X. VI. & sic triginta nouem annis post inuestituram, & quatuordecim annis post renouationem inuestiturę, titulo emptionis in allodium, **zu Erb vnd eygen**/illud adquisiuerunt, vt probat instrumētum venditionis à Domino Reo in exceptionibus *lit. F. n. 1.* productum; ergò inuestitura illa ad hoc Dominium, quod feudum nunquam fuit, sed semper liberum, quamdiu in manib. Rechenbergiorum extitit, trahi nec potest, nec debet; certum quippe

92 est, quod instrumenta inuestiturarum, vt & alia, stricti iuris & intellectus sint, nec extendantur ad bona aut personas non comprehensas instrumentis, *And. de Isern. Bald. & alij in c. 1. §. deniq. in tit. quae fuit prima caus. benef. amit. Rom. cons. 33. Dec. cons. 193. n. 1. & cons. 208. n. 2. & cons. 269. n. 5. & cons. 435. n. 5. & cons. 614. n. 4. & Ludou. Goz. ad. cons. 90. nu. 6. Card. Paris. cons. 1. n. 1. vol. 1.* quos refert & sequitur *Iacob. Philip. Portius in cons. 6. n. 38.* dicens, ab inuestiturę conceptione ne transuersum quidem vnguem recedi debere, sicut & inuestituram de vna re factam non extendi ad aliam *scribit idem Paris. cons. 105. nu. 42. & seq. vol. 1.* & post istos omnes *Nicol. Euerh. iun. cons. 41. nu. 18. vol. 1. & Matth. VVesenb. cons. 60. nu. 11.* vbi multos allegat, vocaturq; conclusio certa *ab Henric. à Rosenth. de feud. part. 1. concl. 12. nu. 3.* Quibus accedit, quod ne aliorum quidem Dominiorum, quae hodierno fideicommisso sunt subiecta, vt **Windischenboraw/Lindaw/Popschutz/Newstatt/**&c. vlla fiat mentio in illis inuestiturae & renouationis instrumentis, sed generatim tātùm loquantur de bonis, quae tum temporis Rechenbergi à maioribus suis possederant; vnde etsi Dominus Reus, remotis aliis obstacolis, posset niti istis instrumentis, prius tamen non posset, quàm si doceret, impetrantes inuestituram & renouationem tempore impetrationis possedisse illa bona in feudum, cùm enim tunc temporis potuerint habere ea bona, & non habere, non probat adesse quod contingit abesse. *vulg. l. neq. natales,*
93 *C. de probat.* praesertim quoniam hoc casu magna est praesumptio in contrarium, dum Reus conuentus in Exceptionibus vltrò fatetur, Joannem Equitem de nouo, atque adeò post inuestituram, multa sibi comparasse, **Er habe durch Gottes Segen/ vnd seine Rittermässige Thaten/ mehr ansehenliche Güter vber sein Vätterlich Antheil erworben/vnd an sich gebracht**/*nobis fol. 36.*

Quae cum ita sint, nimirum quod inuestitura & renouatio subsequens, à parte rei, & ex propria confessione Domini aduersarij per priuilegia familiae & Nobilitatis sit mutata; quod etiam stante ipsius vigore, Dominus Reus ob non quaesitam manum coniunctam ea gaudere nequeat: quod item Dominiū Wartenberg, & praesumptiuè, donec probetur aliud, etiā alia Dominia hodierno fideicommisso subiecta ad inuestituram illam non pertineant; efficitur, inuestiturā hanc malè è tenebris erutā, causę Domini Rei, quocunq; se vertat, nullum prorsus auxiliū subministrare.

Procedendo ad priuilegium familiae, virtute Joannis Equitis aurati & Baronis in anno 1508. impetratum, solet Dominus Reus illud pro colorāda sua causa hoc modo inducere. Priuilegio isto bona omnia familiae Rechenbergicae ex feudali seruitute (ecce quomodo Reus ipse fateatur mutationem inuestiturae à se allatae) in libertatem allodialium bonorum sunt eleuata, cum hoc tamen moderamine, vt foeminae ipsorū prius capaces non sint, quàm si nullus omninò masculus de hac familia amplius

amplius extet. At verò in proposito extat masculus de familia, nempe Dominus Reus. Ergo soror defuncti eademq; principalis Actrix exclusissima manet.

Quid ad hoc, vt vocatur in Exceptionibus, fulmen? nimirum brutum esse, & iam dictæ sororis causam non lædere. Nam sicuti inuestitura fuit abolita per hoc familiæ priuilegium, ita idem priuilegium familiæ, saltem quoad clausulam fœminarum suspensiuã, in casum non extantium masculorum, antiquatum est, per subsequens priuilegiũ siue statutum omni Nobilitati prouinciæ Glogouiensis commune; & per vsum hoc priuilegium ipsis centum annis sequentem.

94 Etenim, si vnquam verũ fuit, quod generalis dispositio nihil excludat, sed tantũ operetur quoad omnia comprehensa sub genere, quantũ specialis comprehẽsa sub specie, *vt est tex. in l. si duo, in fin. ff. de adm. tut. in l. si chorus. ff. de legat. 3. in l. omnes. C. de præscript. 30. vel 40. annor. gl. in l. si quis mihi bona. §. iussũ. vers. sed vtrum. ff. de adq. vel omit. hær. & DD. apud And. Tira. in præf. l. si vnquã. n. 118. C. de reuoc. donat. & in tract. de ll. connub. gl. 7. n. 89.* Sanè hoc casu est verissimũ, quo tam effuso sermone omnis Nobilitas Glogouiensis in priuilegium seu statutum cõmune in anno 1513. & sic quinq; annis post priuilegiũ familiare, consensit, seq; sub amissione bonorũ de non contraueniendo obligauit, vt nihil dici generalius possit, **alle Ritterschafft gegen einander verbunden vnd bewilliget / im gantzen Fürstenthumb / allen Weichbildern / ein jeglicher sein Gut oder Güter / 2c.** Adeò vt, cum familia Rechenbergica in illo Ducatu & inter Nobiles pars magna fuit, dicendum sit, quod propter generalitatem in idem priuilegium consenserit, & à speciali suo priuilegio, vtpote circa dispositionem de bonis forsan angustiore, recedere voluerit. Quibus porrò consequens est, quandoquidem hoc commune priuilegiũ concedit liberrimã disponendi facultatem, q; clausula pro Dño Reo ex priuilegio familiæ allegata, per hoc cõmune priuilegiũ sit sublata, posito etiã sensu illius clausulæ, quam Dominus Reus adfert, & quem infra refutabimus.

95 Huic argumentationi obiicias, habentem priuilegiũ speciale in casu, de quo loquitur statutũ generale, non comprehendi sub isto statuto, quãtumuis posteriore, *per l. vlt. §. exceptis. C. vbi quis de curial. vel cohort. & l. decurionibus. C. de silentiar. lib. 12.* vt
96 ecce, qui habet priuilegium immunitatis, non priuatur priuilegio suo per subsequẽs statutum, generatim onera ciuib. imponens. *d. l. decurionibus.* ibi: non præiudicatura quacunque generalitate pragmatica, notat tanquã singulare post omnes. *And. Tiraq. in tra. de præsc. gl. 15. verb. ne autres personnes priuilegees. in tra. de retra. municip. §. 1. gl. 14. nu. 104. & in tra. de ll. connub. gl. 7. nu. 93.*
97 verùm respõdemus, hanc valdè celebrem doctrinam procedere, quando statutum posterius tolleret aut arctaret priuilegium speciale præcedens, & nõ quando ampliaret, & magis perficeret. Nimirum, vt maneamus in exemplo. *d. l. decurionibus. C. de silentiar.* si ciuis aliquis per priuilegiũ speciale esset priuilegiatus, quoad quædã specialia onera, & postea fieret in ciuitate statutum commune, quod omnes ciues indiscriminatim ab omnibus oneribus eximeret, sanè nemo esset, qui ciuẽ illum ad priuilegium suum speciale adhuc alligaret, & oneribus, à quibus immunitatem antea
98 non habebat, subiiceret, cum priuilegium nunquam ita interpretandum sit, vt priuilegiato possit esse noxium. *l. Diuus. ibi: nec vlli magis interest, vbi & hoc notat Ang. ff. de testa. milit. Alex. latè in cons. 32. n. 6. vol. 5. And. Alciat. in tract. præsumpt. reg. 3. præs. 29. nu. 9. Ioan. Cephal. cons. 551. nu. 117. & nu. 132. vol. 4. & ita se resoluit idem Tiraqu. in tract. de Nobilit. c. 6. n. 53.* & rationem habet, quod in alicuius fauorem concessum, nõ debeamus ita interpretari, vt in eius odium redundet. *l. non tantùm. §. si emancipatus. ff. de bonor. poss. contr. tab. l. quod fauore. C. de ll. c. quod ob gratiã de reg. iur. lib. 6. Alex. d. cons. 32. nu. 2.* Ergò & in nostro casu, quo vtrumq; priuilegium tàm Familiæ, quàm Nobilitatis statuit circa dispositionem bonorum: & prius quidem, vt allegat Dominus Reus, fœminas habilitat, vt possint vocari in euentum nõ existẽtis masculi, posterius autem, vt possint vocari simpliciter & pro libitu, nemo cum ratione dicet, quod familia Rechenbergica manserit alligata suo priuilegio modificato, post impetratum priuilegium commune & illimitatum.

Et

Et hoc, quod familia Rechenbergica in posterius priuilegium consenserit, & suum proprium, quoad punctum controuersum, quasi valere iusserit, non tantùm generalitas ipsius priuilegij, sed & aliæ circumstantiæ euincunt: videlicet quod Joannes de Rechenberg Eques auratus, & vir primarius in illa familia, quiq; sua virtute & benè meritis primum priuilegium obtinuit, etiam hoc ex aula Regis extraxit, nec apparet vel ex suo testamento, vel aliunde, quod prius priuilegium seruatum voluerit, sed potius contrarium, vt mox demonstrabitur; nec potest hoc tacitè præsumi, propter iam dicta, quibus ostendimus, quod stante præsumptione ista, priuilegium & gratia data in odium ipsius & præiudicium retorqueretur, eò quod omnis reliqua Nobilitas haberet liberrimam de suis rebus disponendi facultatem, solus autem Eques sæpè mentionatus, & ij, qui sunt de ipsius familia, haberent manus ligatas, quam diu masculi etiam remotissimi in familia existerent. *contra text. in d. cap. quod ob gratiam, de reg. iur. lib. 6.*

Porrò in fine priuilegij communis legimus, quod ex quolibet districtu Prouinciæ Glogouiensis duo Nobiles ad Regem fuerint missi, loco & nomine Nobilitatis, **Vollmächtige geschickte Gewalthaber aller Weichbilder in Macht der andern gemeinen Ritterschafft auß jedem Weichbilde zween/** qui etiam sigilla sua priuilegio ad maiorem confirmationem apposuerunt. Nominantur etiam in specie districtus illi seu territoria, in quibus Dominus Eques & reliqui Rechenbergi bona sua habuerunt, vt **Freystatt/** quæ pertinebat ad Dominum Equitem, vbi etiam **die Windischborische/ Newstättische/ Popschutzische/ Lindawische Güter: Grünberg/** vbi **die Wartenbergische/** & sic deinceps.

Ex his igitur circumstantiis, quod Dominus Eques, vt principalis, & Nobiles cæteri ex omnibus, & in specie ex iis territoriis, vbi Dominia hodie litigiosa sita sunt, vt adiuncti mandatarii, nomine & loco totius Nobilitatis, hoc priuilegium commune sollicitârunt, & impetrârunt, non obscurè colligitur, quod in idem priuilegium & familia Rechenbergica consenserit, atque adeò à suo angustiore priuilegio recesserit, vel potius ampliari cu-
100 rauerit: tametsi enim consensus iste disertis verbis scriptus in priuilegio non reperitur, ex ipsis tamen factis & priuilegij mandatiq; præcedentis generalitate, dum de Rechenbergiorum contradictione nihil probatur, consensus resultat. *argum. l. si seruus ff. de assignand. libert. & l. ratum. ff. de solut. quas ad propositum allegat & sequitur Andr. Tiraquell. in ll. connub. gl. 7. num. 81. cum seqq.* præsertim cum versemur in terminis quibus de fauore, nempe de libertate dis-
101 ponendi circa res suas, & aliis magnis priuilegiis, agebatur, vbi sciens actum, & ei non contradicens, pro consentiente ab omnibus habetur. *notant in l. qui patitur, ff. mandat. & facit theorica Innoc. in c. in genere, de election. & est gl. in c. qui tacet. de reg. iur. lib. 6. eodem. gl. in cap. fin. de procurat. & quæ plenè scripsit. Abb. in cap. nonne. ext. de præsumpt. & Ioan. Sichard. in rubr. Cod. de pactis. num. 20.* idque eò magis, quod hîc non fuerit taciturnitas sola, sed res in actum transiit, dum Joannes de Rechenberg priuilegij communis quasi auctor & Impetra-
102 tor fuit, in qua specie præclarè docet *Anton. Corset. in singul. suis verb. taciturnitas.* quod vbi etiam de præiudicio alicuius (ne dicamus de vtilitate) agitur, si vltra taciturnitatem faciat aliquem actum, qui videtur venire ad probationem actus, videtur tunc consentire, *text. est qui hoc probat, in clement. 1. de procurat. in cap. ex ore, de his quæ fi. à maior. part. capit. & in l. filiusfam. ff. ad SC. Maced. vbi Bartol. & Angel.* qui ad hoc ponderat istum textum, dicens facere pro literis cambij, quod si mercator seu campsor recipit literas cambij, & legit & retinet apud se, & taceat, videtur eas approbare & acceptare.

Vlterius confirmat nostram sententiam de priuilegio familiæ per priuilegium commune abrogato, quod à tempore priuilegii communis in hunc vsque diem nulla vel exigua mentio priuilegij familiæ, nullus actus à Domino Reo potest legitimè probari (quin enim multa temerè allegentur non negemus) qui in familia Rechenbergica gestus fuisset, habita ratione huius priuilegij. E contrario autem à Domino Actore plurima mentio, & a-

ctus

ctus plurimi adferuntur, & sufficienter probantur, secundum priuilegium commune celebrati, & maximam partem priuilegio familiari contrarij. Hæc propositio cùm facti sit, tam ex actibus inter viuos
103 quàm vltimarum voluntatum demonstranda est. *l. si emancipati. C. de collat. DD. in l. in bello. §. facti autem causæ. ff. de captiu. & postlim. reuer.*

Et quod vltimas voluntates attinet, producuntur à Domino Actore octo testamenta; quinque in hac ipsa linea, & tria inter alios de familia Rechenbergiorum erecta. Jn his omnibus testamentis non tantùm altum est silentium de priuilegio familiæ, sed omnia se disertis verbis referunt ad priuilegium commune, & ipsæmet eorum dispositiones sunt priuilegio communi conformes, à priuilegio autem familiæ discrepantes. Vt enim quinque testamenta, in ista linea condita, hic omittamus, eum in sequentibus speciatim veniant examinanda, sextum testamentum, quod Dominus Actor *sub lit. T.* producit, est Joannis de Rechenberg auff Primbkenaw/ quod Anno M. D. XLVIII. fecit, 104 & iuxta priuilegium commune, cuius & ipse & iudex confirmans mentionem expressam faciunt, filias sub conditione defectus filiorum, hæredes instituit, & omnes agnatos, quorum plurimi extabant, exclusit: Septimum testamentum est Caspari de Rechenberg auff Primbkenaw/ *sub lit. V.* factum in Anno M. D C. V. quo conuenienter statuto communi & dispositioni paternæ instituit hæredes filias ex sorore præmortua.

Circa hoc testamentum notandum cum primis est, quod Casparus de Rechenberg auff Klitschdorff non ita pridem ex eodem capite, quo Melchior de Rechenberg hodie nititur, nimirum ex capite antiquatarum inuestiturarum & pactorum familiæ, impugnauit, sed irrito conatu, cum testamentum hoc in augustissimo Imperij Romani Tribunali, quod Pragæ habetur, re maturè consideratâ, fuerit confirmatum, & inuestituræ, cum pactis prætensis, pro abrogatis habitæ, *ita replicæ sub lit. P.* Octauum testamentum est Nicolai de Rechenberg auff Reimelsheim/ qui in Anno M. D. LXIX. (per expressa verba: Nach dem/ vnd als nach Recht/ vnd sonderlich nach gemeines dieses Fürstenthumbs Priuilegien) secundum iura communia & priuilegium Nobilitatis testatus quoque est, nullâ factâ mentione priuilegij familiaris.

His actibus vltimarum voluntatum accedunt actus inter viuos, per quos magna Dominia, non attentâ agnatione, ad extraneos deuenerunt, vt quod Charlatt & Peutten ante L. Annos fuerint vendita Domino Fabiano von Schönrich: quod ante sexaginta Annos Dominium Schönfeldt fuerit venditũ Dominis von Sturbm. Et ne externa subsidia quæramus, quod ipsemet Reus Anno M. D. LXXXVII. vendiderit extraneo Dominium Lindaw/ vt docet instrumentum replicis annexum, *sub lit. AA.* & hodie in Dominam Viduam fœminam à familia prorsus alienam, quantum in se fuit, transtulit Windischboraw/ Newstatt/ Popschutz/ etc. vigore transactionis cum ea initæ & putatiui testamenti ab vltimo possessore erecti. Vt meritò in eum quadret edictum Prętoris, quod quisque iuris in alium statuerit, &c. nimirum quandoquidem vel sibi per viam transactionis, vel defuncto nuper Joanni Georgio per viam legati licere putat, non attentis pactis à se prætensis, Dominia hæc in extraneam fœminam transferre, patiatur etiam & concedat licuisse Georgio de Rechenberg per viam fideicommissi ea transferre non in extraneam fœminam, sed eam, quæ de sanguine Rechenbergico descendit.

Si igitur hæc duo, quæ hactenus de priuilegij familiæ abrogatione deduximus, quis coniungat, nimirum priuilegij communis generalitatem & circumstantias ei annexas, & probatas; item continuum vsum & praxin, quæ priuilegium hoc est subsecuta, saluo iure abrogationem istam nunquam negabit. Vt enim ius, quo ex omnibus circumstantiis & coniecturis probatur, familiam Rechenbergicam in priuilegium commune ab initio statim non tam consensisse, quàm per Equitem auratum auctorem fuisse, omittamus, eo quod iam supra allatum sit; nemo ignorat vsum aut non vsum, priuilegia, statuta,

tuta, leges sequentem demonstrare, an priuilegia, statuta & leges illæ sint rece-
105 ptæ, nec ne, eleganter *in l. de quibus. ff. de ll.* Iulianus ICtus: cum leges nulla alia ex causa nos teneant, quàm quod iudicio populi receptæ sunt, meritò & ea, quæ sine vllo scripto populus probauit, tenebunt omnes; nam quid interest, suffragio populus voluntatem suam declarat, an rebus ipsis & factis? Eadem ratione in proposito arguimus, quid intersit an Joannes Eques & reliqua familia se verbis literisve declarârit, quod valere iusso priuilegio familiæ consenserit in priuilegium commune, an verò ipso facto, id est, præsentia, & solicitudine sua; item testamentis suis, & aliis a-
106 ctibus ostenderit, quod receperit hoc ipsum priuilegium, Huc pertinent generales doctrinæ priuilegia per non vsum, & multò magis per vsum contrarium, siue per actus priuilegio contrarios amitti. *l. 1. & ibi not. DD. ff. de nundin. c. cum accessissent,*
107 *vbi Canonist. de constitut.* vsu non recepta non valere, adeoq; allegationem non mereri. *Ioann. Cephal. consil. 96. num. 15. & ante*
108 *eum Gozadin. cons. 23. num. 9.* à iure & priuilegio suo recedere censeri eum, qui actum facit secundum ius commune aut statutarium, quem facere debebat ex priuilegio. *l. vlt. C. de pact. dotalib. Speculat. in tit. de locat. §. nunc aliqua, vers. 23. Aym. Cranett. cons. 661. num. 7.*

Ex quibus omnibus patet responsio ad argumentationem Domini Rei, supra propositam; nempe priuilegium fœminarum suspensiuum in casum non extantis masculi, vel vsu nunquam receptum esse, vel certè per priuilegium commune, subsequentemque huius vsum esse antiquatum, vt allegari amplius aut subsidium ex eo quæri non possit. *sup. cit. l. vlt. ff. ad l. Cornel. de fals.*

Contra ista, quæ de abrogatione priuilegij familiæ hactenus adduximus obiiciunt primò, hoc priuilegium continere clausulam annullatiuam, vt, si quis ei contrauenire tentet, nihil agat, §. **Ob auch ihrer**
109 **einer** / sed tenent DD. virtutem clausulæ huius esse istam, vt nec contrario vsu, seu, quod idem est, contrauentione, nec præscriptione tolli queat. *Andr. Gail. lib. 2. obs. 60. num. 12. vers. fallit quoque, & latè Hieron. Schurpff. cons. 14. num. 3. cent. 1.* sed respondemus, causam huius opinionis, quod priuilegium habēs clausulam annullatiuam, non amittatur cōtrauentione, esse, quod quando de superioris intentione constat,
110 tunc inferioris contrauentio nihil operetur, *vt aiunt idem Gail. & Schurpffius, d. loc.* in proposito autem constat superiorem, id est, Principem in Prouincia Glogouiensi, priuilegio communi liberam de feudis dispositionem concessisse, igitur con-
111 stat etiam, quod à prima sua intentione recedere voluerit, & sic cessante causa clausulæ allatæ, nempe voluntate superioris, quam ipse superior mutauit, cessabit effectus quoque, qui est de non operando per contrauēctionem aduersus voluntatem superioris, *arg. c. cum cessante, de appellat.* Id quod sanè eo fortius procedit, quod ad voluntatem superioris, qua à priore recessit, etiam voluntas ipsorum priuilegiatorum, nempe familiæ Rechenbergicæ, accessit, ipsis factis priuilegium commune approbando & amplectendo, *per supra dicta.* Nemo igitur dicet quod clausula annullatiua operata sit, aut adhuc operetur, postquam & Princeps concedens priuilegium, & impetrantes sponte à priuilegio clausulam illam habente recesserunt.

Secundò obiiciunt, quod immò priuilegium familiæ fuerit cōfirmatum post priuilegium commune, nimirum in Anno M.D.XXII. à Rege Ludouico, & in Anno M.D.XXVII. à Rege Ferdinando, *vt probant instrumenta Exceptioni adiecta sub lit. F. num. 2. & lit. G.* immò & nuper, id est, in Anno M.DC.X. & sequenti, eadem confirmatio repetita fuit sub Inuictissimis Impp. Rudolpho & Matthia; Hę sanè confirmationes à familia de Rechenberg petitæ & impetratæ argumento sunt, quod familia ista à suo priuilegio abire, & in priuilegium commune consentire noluerit,
112 confirmatio enim licet ius nouum non tribuat, vetera tamen iura & priuilegia, si quæ sunt, conseruat, *c. 1. vbi gl. verb. confirmationem, c. cum debita, de confirm. vtil. vel inutil. c. ex parte Abbatissæ, & c. quia intentionis, de priuil. cum similib. adductis, per Andr. Gail. lib. 2. obser. 1. nu. 3.* Verùm respondemus, duas priores confirmationes de Annis

nis M. D. XXII. & M. D. XXVII. concernere Dominium Wartenberg,& priuilegia instrumento venditionis illius Dominij inserta, vt ipse contextus confirmationum clarè ostendit, ibi: **Demnach wir angezeigten Kauff deß Schloß Wartenberg/ laut vorgedachtes Brieffs** (est instrumentum venditionis) **darüber außgangen**/confirmirt **vnnd bestättiget haben**/confirmirn **vnd bestättigen denselben Kauff/etc.** Vt hinc istæ confirmationes nullo modo trahi possint ad priuilegium familiæ, de quo tunc temporis non agebatur; nam sicuti diximus, quod confirmationes seu innouationes priuilegiorum nouum ius non
113 tribuunt, ita nec ius pristinum, si quod inueniunt, augent aut ampliant, *l. Aurelius. §. testamento. ff. de liberat. legat. Paul. de Castr. consil. 162. colum. 1. in fin. volum. 2. Dec. in rubr. de confirm. vtil. vel inutil. circa finem, Crauett.*
114 *consil. 33. num. 14.* multò minus ad ea, de quibus actum non est, extenduntur, cum, vt dici solet, instrumenta stricti iuris & strictæ interpretationis sint, & de iis tantùm exaudiantur, de quibus loquuntur, *arg l quidquid adstringendæ ff. de verb. oblig. l. iubemus, vbi Angel. in fin. C. ad SC. Velleian. Bald. in c. Rudolphus. de rescript. Ias. consil. 159. num. 2. & cons. 220. vol. 2. VVesenbec. consil. 4. nu. 31.*

Nec obstant verba generalia iam allegatis verbis subiecta, ibi: **darzu alle** priuilegia **vnnd Begnadungen/ die vnsere Vorfahren/ vnnd wir bemelten von Rechenberg**
115 **gegeben**/ad hoc enim dicitur, quod species præcedens restringat genus sequens, *per text. in l. si de certa. Cod. de transaction. in l. vltima. §. vltim. ff. de tritic. vin vel oleo legat. in l. emptor. § lucius. ff. de pact. & in l. legatorum, vbi Bartol. Bald. & Castrens. ff. de legat. 2. facit text. in cap. sedes, vbi Abb. Felin. Immol. & alij de rescript. & est tex. in clement. 1. §. 1. de præbend.* in iis, quæ verba illa generalia præcedunt, & etiam quæ sequuntur, agitur de Dominio Wartenberg, & de confirmatione venditionis circa illud factæ, ergo iam dicta verba intelligenda sunt de illis omnibus priuilegiis, quæ vnà cum Dominio Wartenberg in Joannem & Nicolaum fratres eosdemque emptores tempore contractus transierunt, & in instrumento venditionis commemorantur: non autem de aliis priuilegiis, de quibus non tractabatur. Id quod vel hoc etiam euincit, quod confirmationes istæ sint singulares, id est, ad Joannem & Nicolaum emptores duntaxat pertinentes, & non ad totam familiam, cuius ibi nulla fit mentio, & cuius proinde priuilegium
116 confirmatum non fuit. Adde quod verba quarumcunq; dispositionum aut concessionum intelligi debeant de subiecta materia. *l. proculus. ff. de vsufruct. l. insulam. ff. de præscript. verb.* & secundum naturam
117 actus, cui sunt apposita, *l. si stipulatus. §. verum. ff. de vsur. l. damni. vers. & quod in stipulatione. ff. de damn. infect. l. si vno. in princ. ff. locat. Nicol. Euerh. iun. cons. 41. num. 39. vol. 1.* quoniam igitur subiecta materia confirmationum, de quibus agimus, est contractus emptionis Castri Wartenberg cum omnibus clausulis, punctis, & priuilegiis contractui illi annexis, certè verba allata nil denotant aliud, quàm illa priuilegia & prærogatiuas, quas Rex Vladislaus venditor emptoribus tempore contractus concesserat.

Confirmationes nuper ex augustissima Imperatorum aula per Dominum Reum, & Casparum de Rechenberg obtentæ, ad rem quoque non faciunt; tum quod non inuenerunt subiectum confirmabile, quia prætensa pacta familiæ diu ante in rerum natura esse desierunt; &
118 certi iuris esse ostendimus, quod innouationes & confirmationes priuilegiorum nec ius nouum tribuant, nec antiquatum resuscitent, sed iura existentia & competentia tantummodo conseruent, *d. c. cum dilecta, de confirm. vtil. vel inutil. c. inter dilectos. vers. porrò, vbi DD. de fid. instrumentor. Oldrad. consil. 146. in fin. Crauett. d. con-*
119 *sil. 333. nu. 14.* nec agant vbi inutile est confirmatum, *c. ex parte, de constit. c. cum inter vos, de re iudic. c. dudum, de decim. idem Crauett. consil. 407. num. 12.* Hinc praxis illa, *de qua And. Gail. lib. 2. obseruat. 1. num. 15.* Imperatorem antiquorum priuilegiorum confirmationibus communiter clausulam adiicere, quatenus priuilegiati sunt in possessione talium priuilegiorum, *per tex. in d. c. cum dilecta. §. nuper autem, de confirm.*
121 *vtil. vel inutil.* quia quod non est confirmari non potest, *per notata in c. cum nostris.*

F *de*

de conceß. præbend. text. in l. sed et si manente. ff. de præcar. & in l. bonorum. ff. rem ratam habere. Alexand. consil. 155. nu. 2. vol. 6.

Tum, quia confirmationes istæ processerunt ad instantiam Melchioris & Caspari Rechenbergiorum duntaxat, & non ad totius familiæ satis numerosæ, aut saltem non ad Domini Actoris instantiam, qui potius constanter & duplici protestatione in aula Cæsarea producta, se opposuit. Et rursum in confesso est, confirmationes priuilegiorum cùm nihil noui tribuant tertio nunquam præiudicare, *gloß. recepta in dict. cap. 1. verb. confirmationem, de confir. vtil. & inutil.* quibus etiam (vt testatur *Gail. cit. loc. num. 14.*) clausula saluo iure tertij expresè inseritur; & omissa, de iure tacitè inest, cùm omnia priuilegia sine præiudicio tertij concedenda, & concessa intelligenda sint. *l. nec auus. Cod. de emancipat. liberor. l. 2. §. si quid à Principe, & §. meritò. ff. ne quid in loc. publ. cap. super eo, de off. & potest. iud. delegat. Alexand. consil. 2. num. 82. volum. 1. Natta. consil. 509. nu. 18. Iason præclarè in l. vltim. num. 20. ff. de constit. princip. idem Ias. in l. vlt. num. 13. ff de pact. Matth. de Afflict. in cap. si quis inuestierit, num. 19. de feud. Gail. d. nu. 14.*

122

123

124

Et sic quicquid egerint duo memorati Impetrantes, Domino Actori tamen obesse non poterunt: sed bene prodesse in hoc, quod causam suam de non antiquatis familiæ pactis suspectam valdè faciant, dum istis nouis confirmationibus inniti volunt, & nullam aliam, quæ eas intra centum annorum spatium præcessisset, producere possunt.

Tùm denique, quia confirmationes istas quæsiuerunt impetrantes, quando lis iam erat cæpta, cùm prior 18. Martij Anno M. D. X. sit data, posterior adhuc recentior sit, & Dominus Actor tertia Febr. eiusdem anni se iam bonorum possessorem & opponentem omnium prætendentium coram iudice declarauerit; & similiter verum est, quod neque rescriptum, neque decretum, neq; priuilegium, neque confirmatio priuilegij lite pendente impetrata aliquid operetur. *cap. causam quæ, de testib. vbi gloß. verb. nouiter.* Nota, ait, quod lite pendente priuilegium, seu indulgentia impetrata super re litigiosa in præiudicium alterius partis non valeat, *cap. 1 & cap. fin. vt lit. pendent.* in cuius specie lis decidenda esse perhibetur, secundum iura existentia tempore controuersiæ, non autem secundum priuilegium impetratum lite pendente, *idem tenet gloß. in cap. 1. verb. litigiosæ, de confirm. vtil. & inutil. & Speculat. in tit. de instrument. §. nunc autem videndum restat, num. 5. estque text. in c. dudum.*

125

Tertiò obiiciunt priuilegium familiæ in effectu aliud nihil esse, quàm pacta gentilitia, Ein Erbeinigung/ iisque insertum esse perpetuum fideicommissum, perpetuo bona Rechenbergica afficiens, vt vnus masculus alteri restituat, vsque ad vltimum in familia ista extantem, & tum demum masculis omnibus extinctis, fœmina proximior succedat; verùm respondemus, priuilegium hoc, pactum non esse, quia non est factum inter contrahentes, seu inter eos, qui sunt de familia, prout natura conuentionum requirit. *l. 1. ff. de pact.* quia hoc non potuisset fieri, refragante feudali consuetudine, sed est beneficium originaliter à principe procedens; multò minus fideicommissum continet, sed ordinem duntaxat succedendi, vt non extantibus masculis fœminæ admittantur: qui ordo per se fideicommissum non importat, cùm aliàs omnis successio ab intestato nihil esset aliud, quàm perpetuum fideicommissum, quo dici nihil absurdius posset: Item nemo vnquam vel fando percepit, quod statuta fœminas excludentia fauore masculorum fideicommissum contineant, cùm, vt videbimus, testandi potestatem non excludant, quod faciunt fideicommissa: nemini etiam in mentem venit, quod lex XII. tabular. quæ solos agnatos vocauit, exclusis fœminis, in agnatione fideicommissa instituerit, cum tempore legis illius & res & nomen fideicommissi fuerit incognitum. *tit. Instit. de fideicomm. hæred. in princ.* Quomodo ergò ex hoc solo, quod in priuilegio dispositum est, fœminas à masculis debere excludi, fideicommissum quis induxerit?

Et verò vbi fideicommissa familiæ, seu pacta gentilitia, Erbeinigung/ instituuntur, *iuxta notata ab Andr. Gail. lib. 2. obseruat.*

126 *seruat. 127.* non datur facultas bona alienãdi, & liberè de iis disponendi, vt in priuilegio amplissimis verbis factum est, sed prohibetur omnis alienatio, immò etiamsi non prohibeatur, tamen ex natura actus huiusmodi prohibitio tacitè inest, *l. vltim. §. sed quia nostra maiestas, & l. marcellus. §. res quæ. ff. ad SC. Trebellian.* adeò vt cœlum à terra tantùm non distet, quantum distat potestas alienandi pro libitu, à perpetuo & reali fideicommisso. Et per hæc de non existentia fideicommissi ruit totus ille commentarius, quo operosè de viribus fideicommissorum in Exceptionibus, sub ratione decima tertia, qua vestitur familiæ priuilegium, disputatur: quia vbi fideicommissum non est, ibi omnis quæstio de viribus fideicommissi superuacanea est.

Deinde respondemus ponendo tale fideicommissum, vt temerè allegatur, institutum esse, non pertinebit tamen ad Dominium Wartenberg, *per infra dicenda.*

Tertiò rursum ponamus subesse fideicommissum, eo tamen ipso, quod ostendimus, familiam Rechenbergicam *ipso facto* & vsu consensum suum dedisse *in priuilegium commune*, quo sine controuersia testandi libera potestas, & bona transferendi in quoscunque conceditur, fideicommissum hoc sublatum est, nec vllam amplius allegationem meretur, *sæpe d. l. vlt. ff. ad l. Corn. de fals.*

Et quamuis obiicere quis posset, per fideicõmissum vocatis tale ius quæri, vt eis amplius auferri nequeat, in promptu tamen est duplex, & quidem solida responsio. Primùm, sicuti supra scripsimus, quod inuestitura cum consensu agnatorum ita tolli possit, vt nec agnati, nec heredes eorum, quærelam vllam habeant, sed sibi in perpetuum præiudicent: ita non minus verum est, quod fideicommissa etiam tollantur, per remissionem eorum, qui ius
127 quæsitum habent, atque remissio ista heredibus quoque remittentis, etiam mediatis, noceat, qui facto defuncti contrauenire nequeunt, *text. est expressus & singularis in l. filiusfam. §. cum pater. ff. de legat. 1.* in cuius specie pater habens in bonis fundum fideicommisso grauatum, duos filios heredes instituit, & vnum exheredat, fundum quoque extra familiam alienat, respondet ICtus, exheredatum filium habere petitionem fideicommissi, cùm non sit heres, institutos autem non habere, propterea quod sint heredes, atque adeò factum patris præstare debeant, *per quem tex. ita notant Bartol. Alberic. Ang. Aretin. & alij teste Pinello in l. 1. part. 3. nu. 81. ampliat. 6. & num. 82. vers. infertur. C. de bon. mater. idem sentit Bartol. in l. peto. §. prædium. ff. de legat. 2. & ad hoc illum text. dicit singularem Francisc. Suarez. in l. quoniam in prioribus. 18. ampliat. C. de inoff. testam.* Quoniam igitur omnis Nobilitas consensit in priuilegium commune, & inter eam etiam fuit Clemens de Rechenberg, auus Domini Rei, certè huic facto remissi fideicommissi Dominus Reus vtpote per patrem heres hodie contrauenire non potest. Huc pertinet concessio illa Dominij **Windischenboraw**/ in anno M. D. X V. & sic duobus annis post priuilegium commune facta Georgio de Rechenberg institutori fideicõmissi hodie controuersi, præsente & neutiquam contradicente Joanne Equite, qua ipsi & successoribus ipsius, **jhm/ seinen Erben/ Erbnemen vnd Nachkömlingen** ita conceditur, **daß er vnd sie dasselb innzuhaben/ zugeniessen/ zuhalten/ zugebrauchen/ zuverkauffen/ zuvergeben/ zuverwechseln/ ꝛc. damit gantz mächtig zuthun vnd lassen/ ꝛc. befugt seyn sollen/** vti testatur instrumentum ad replicas *sub lit. R. nu. 3.* Huc spectat quoque instrumentum de Anno M. D. X L I. iisdem replicis adiunctum *sub litera Q.* vbi fratres **von der Schlaua/** inter quos fuit Balthazar Domini Rei pater, cedunt eidem Georgio de Rechenberg fideicommissi institutori, & Francisco portiones suas in Dominiis **Newstatt/ Popschutz/ vnd Lindaw/ sampt dem Kriegsholtz/ Mülen/** & aliis pertinentiis, iterum sub prægnantibus clausulis liberæ dispositionis, **jhnen/ jren Erben/ vnd Erbnemen zugeniessen/ gebrauchen/ vnd als andern jhren Proper Gütern zuthun vnnd zulassen macht haben sollen/ von jedermänniglich frey/ vnd vnverhindert.**

Ex his duobus instrumentis, & iis, quę suo loco de Dominio Wartenberg diximus, manifestum est, quod Georgius de Rechenberg omnia bona, quæ substanc hodierno fideicommisso, ita liberè posse-

derit, vt ante eius dispositionem vel grauata nunquam fuerint, quod nos contendimus; vel si quod grauamen fideicõmissi habuerunt, vt contendit pars aduersa, illud in eius persona remissum sit. Nam Wartenberg cum pertinentiis, in prætenso fideicommisso familiæ nunquam fuit, vt vidimus: Windischenboraw/ Newstatt/ & reliqua bona per Georgium iam grauata liberrimè ad eum peruenerunt, & quidem partim in præsentia Joannis Equitis, partim per cessionem patris Domini Rei & aliorum agnatorum: ergò quod pater aliique agnati fecerunt, Dominus Reus, vtpote filius & heres, retractare nequit, *per d. l. filiusfamilias. §. cum pater. ff. de legat. 1.* Et non dubitamus, quin hoc argumentum per se satis firmum adhuc maiorem firmitatem haberet, si fortè de industria deperdita transactio de anno M. D. LI. haberi potuisset.

Deinde & aliter respondetur ad obiectionem, quod prætensum familiæ fideicõmissum tolli non potuerit, quia tametsi ponamus huiusmodi fideicommissum, & vt vocant, gentilitia pacta erecta fuisse, tamen ius nouum & ab illis personis ortum habens, constituissent; quæ personæ post quinquennium priuilegium commune cum reliqua Nobilitate impetrarunt, & vnanimi voto, ipsisq; rebus & factis in illud
128 consenserunt. Quis autem ignorat, quod ij, qui contraxerunt, communi dissensu à contractu resilire queant, *l. ab emptione. ff. de pact.* quod qui semel testatus est, aut fideicommissum instituit, ab hac sua volũ
129 tate recedere, & aliud velle possit, *l. 4. ff. de*
130 *adim. legat.* quod primus adquirens feudum nouum, in præiudicium successorum, consentiente domino alienare, aut in manus domini refutare possit, *And. de Isern. in c. 1. §. etsi libellus num. 9. & seq. de alienat. feud. patern. Matth. de Afflict. in c. imperialem, in princ. nu. 20. de prohib. feud. alien. per Frideric. Ari. Pinel. ad l. 1. in 3. part. n. 98. C. de bon. mater. Hartman. Pistor. multos alios adducens lib. 2. quæst. iur. cap. 4. num. 23.* Ergo & fideicommissum quod Rechenbergi in familia sua erexisse dicuntur, iidem Rechenbergi consentiendo in aliud priuilegium remittere potuerunt, & per huiusmodi remissionem, & sibi & successoribus suis in perpetuum præiudicare. Et hęc de abrogatione priuilegij familiaris.

Porrò quandoquidem Dominus Reus se tantoperè fundat in isto familiæ priuilegio, vt ei largiamur aliquid, volumus ponere (citra præiudicium veritatis) hoc priuilegium abrogatum non esse, sed adhuc hodie subsistere, non possumus tamen credere, quod Domino Actori noceat, aut Dominum Reum iuuet. Nam clausula illa, in qua Dominus Reus fundamentum suum positum habet, quod nimirum bona non prius debeant venire ad fœminas, quàm si nullus masculus dẽ familia extat, non pertinet ad causam testati, id est, si quis Rechenbergus moriatur ab intestato, tunc bona non debeant venire ad fœminas, extantibus masculis, interim tamen vt testandi libertas maneat inconcussa.

Mouemur, quia priuilegium illud concedit liberrimam alienandi & disponendi de rebus suis facultatem, Verkauffen/ vergeben/ versetzt/ verwechseln/ item gantz mächtig zu thun vnd lassen/ wie vnd als wir als ein freyer Fürst zu Glogaw ohn allen Abbruch vnd verminderung hielten/ oder halten möchten/ etc. Hæc prorsus illimitata alienandi facultas pertinet inprimis ad actus inter viuos, vt ipso vsu fuit obseruatum, quo multa Dominia ex familia ad extraneos per contractus transierunt, *per supra dicta.* Deinde non potest cum ratione aliter dici, quàm quòd etiam spectet ad alienationes per vltimas voluntates factas aut fiendas; tum quia verba illa, vergeben/ gantz mächtig zu thun vnd lassen/ wie ein Freyer Fürst/ ita ampla sunt, vt causam testati etiam ex
131 sua proprietate complectantur, à qua proprietate recedi non debet, *l. non aliter. ff. de*
132 *legat. 2.* tum quia etiam ex iuris placitis appellatione alienationis ea continetur, quę fit in vltima voluntate, *l. si quis priori. §. certum. C. de secund. nupt. Bartol. in authent. res quæ. num. 5. Cod. comm. de legat. Ful. Pacian. consil. 72. num. 33.* tum quia si aliter ea interpretaremur, scilicet alienandi facultatem inter viuos esse liberam, per vltimas autem voluntates ad agnatos adstrictam, non tantùm testandi liberum arbitrium
133 & stylum contra omnem rationem restringeremus, cùm longè fauorabilior sit, atque

atque ille qui est inter viuos, *l. in testamentis. ff. de reg. iur. l. si pars. ff. de inoffic. testam. l. 1. Cod. de SS. Eccles.* verùm etiam faceremus elusoriam totam hanc dispositionem; nam quiuis de familia, dum sciret, se per testamentum non posse filias aut alias fœminas, obstantibus masculis, honorare, in fœminas istas per donationem, aut alium contractum inter viuos
134 transferret, quidquid vellet, & sic quod vna via ipsi prohibitum esset, per alteram faceret, *contra text. in cap. cùm quid vna, de reg. iur. libr. 6. in cap. tua, de procurat. in cap.*
135 *auaritiæ, de elect. lib. 6. cum similib.* nec quidquam turpius est, quàm dicere, quod lex, statutum, aut priuilegium induxerit actum siue dispositionem elusoriam, *l. si prætor. ff. de iudic. l. hanc legem. ff. de contrah. empt. l. fin. ibi, alioqui ne quidquam mibi caueatur. ff. si cert. petat. l. fin. ff. ne quid in loc. publ. cap. commissa, §. porrò, de elect. lib. 6. cap. in his, vbi Panormitan. de priuil. Aym. Crauett. cons. 427. nu. 6. & cons. 436. nu. 5.*

Iuuat hunc intellectum priuilegij familiæ ipsum priuilegium commune, in cuius primo §. conceditur ferè iisdem verbis liberrima disponendi facultas, & transferendi bona sua in quascunq; personas, solis Clericis & Plebeis exceptis, ibi: verkauffen / verschen / vergeben an Freunde / Frembde / vnd an wen ers wird wöllen wenden / & quæ sequuntur. Postea in §. immediatè sequenti subiicitur, quod si quis moriatur sine liberis masculis, medietas bonorum vel potius æstimatio huius medietatis debeat venire ad filias, aut sorores, altera medietas ad cognatos; vel si nec filiæ adsint, nec sorores, conditio agnatorum, quoad cæteras fœminas, potior esse debeat. Hos duos §§. omnis Nobilitas ita intelligit, & ita etiam practicatur, vt prior pertineat ad alienationes inter viuos & causam testati, quæ proinde liberrima est, & illimitata: posterior autem ad illum casum, quo quis bona sua inter viuos non alienauit, nec per vltimam voluntatem de iis disposuit. Ergò & priuilegium familiæ dum in prioribus effusissimo sermone alienandi & disponendi de suis rebus potestatem concedit, in sequentibus autè fœminas à successione, extantibus masculis, arcet, exaudiendū de eo casu est, quo quis non cum certa dispositione, sed intesta-
136 tus decessit: & sic si iura iuribus, & priuilegia priuilegiis concordamus, *arg. l. vnic. C. de inoff. dotib.* nulla erit differentia inter priuilegium familiæ, & commune quoad nostrum propositum, nisi hæc sola, quod illud in casu, quo quis intestatus decedit, non præscribat certam quantitatem dotandi filias, sed relinquat boni viri arbitrio, *iuxta notat. in auth. res quæ. C. comm. de lega.* hoc verò quantitatem certam, ad tollendas lites, definiat, nimirum æstimationem dimidiæ partis bonorum.

137 Facit iam dicta generalis DD. traditio, quod statuta & consuetudines alicui, qui aliàs de iure communi successurus non erat, successionem deferētes, tum demum locum habeant ac operentur, quando intestatus & sine dispositione quis moritur; nec adimant facultatem de bonis suis disponendi, cumprimis eos, qui ab intestato successuri erant, instituendi, *Bartol. in l. vlt. n. 4. C. de pact. & ibi etiam Dec. n. 22. & Cagnol. n. 162. Alex. & alij in l. stipulatio hoc modo concepta. ff. de verb. obli. Fernand. Vasqu. de success. prog. 105. lib. 1. §. 2. n. 81. Bursa. cons. 80. n. 16. And. Tiraq. in tract. le mort saisit le vif p. 2. declarat. 8. n. 2.* si ex statuto, *inquit*, filia excluditur à successione, potest tamen ex testamento patris, quod minimè dubium est, ad successionem vocari. Post hos omnes *Regner. Sixtin. in cons. Marp. con. 10. n. 137. vol. 2.* & latius *con. 14. vol. 1. per tot.* vbi in eleganti specie consuluit, quod licet statutū dicat coniugem superstitem succedere defuncto, quoad lucra matrimonialia, non tamen ademptam esse facultatē, quo minus vnus ex iis de sua parte lucrorum testari possit, & alium quàm coniugem superuiuentem
138 instituere. Ita etiam videmus in materia renunciationum, *iux. c. quamuis, de pact. li. 6.* quod filia, quę in fauorem fratrum successioni renunciauit, nihilominus testamento paterno heres institui possit, *glo. recepta in cap. ad nostram. verb. probarent, de iureiur. Did. Couarr. in cap. Quamuis, part. 3. in princ. num. 8. And. Tiraquell. cit. loc. num. 1. fusè Hartman. Pistor. lib. 4. quæstion. iur. q. 6. n. 35. cum seq.*

139 Ita denique semper fit in materia successionis ab intestato, etsi lex certas personas vocat, potest tamen testator eas per-

sonas suo elogio vel in totum, vel saltem pro maxima parte, si versamur in linea recta, excludere, & alios vocare, *l. quamdiu. ff. de adquirend. vel omittend. hæred.* Et horum omnium ratio est, quod ante mortem defuncti in ipsius successione nemini ius tale quæsitum sit, quod auferri ei nequeat, *argum. l. Seia. ff de dot. prælegat. l. tale pactum. §. fin. ff. de pact. not. DD. in l. qui Romæ. §. Flauius. ff. de verb. oblig. Pistor. d. q. 6. nu. 34.*

Hæc vt ad propositum accommodemus, etiamsi concedamus, quod statutum siue priuilegium familiæ excludat fœminas à successione, quamdiu masculi extant: quod item hoc statutum hodie in viridi obseruantia sit: quia tamen statuta istiusmodi tantummodo operantur in causa intestati, nec testamenti factionem tollunt, nos autem versemur in causa testati, vbi proauus solenni suo elogio proneptem per fideicommissum vocauit, sanè non videmus, quomodo hoc familiæ priuilegium, etsi adhuc duraret, Domino Actori nocere possit.

Præterea vt maneamus in hypothesi mentionata, nimirum priuilegium familiæ adhuc valere, sanè sicuti antea ostendimus, quod Castrum Wartenberg cum pertinentiis non complectatur simultanea inuestitura, eo quod tempore datæ & renouatæ inuestituræ istius hoc Castrum in familia Rechenbergica nondum fuerit: ita & hîc etiamsi ex priuilegio familiæ libenter pacta gentilitia & perpetuum fideicommissum exprimerent, vt paulò ante vidimus, verùntamen certò certius est, quod dictum dominium illis pactis non sit insertum, nec putatiuo illo onere affectum, quia pacta siue priuilegium potius anno M. D. VIII. fuit erectum, & nominatim ei inserta dominia, super quibus priuilegium datum sit, ibi: **alle ihre Dörffer vnnd Güter / als nemblich die Schlau / ꝛc.** hoc dominium autem anno M. D. XVI. in allodium, sub clausulis liberrimæ dispositionis, non à familia, sed à duobus fratribus separatim emptum fuit, nec vlla ipsius mentio fit in priuilegio familiæ, prout nec fieri potuit, cùm ad hanc familiam tunc temporis non spectârit.

141 Et quis ignorat, quòd vnius inclusio sit alterius exclusio, quòd item pacta, priuilegia, fideicommissa sint stricti iu-
142 ris, ideoque nec ad alia loca, nec ad alia bona, quàm quæ pactis, priuilegiis, fideicommissis, nominatim expressa sunt, extendantur. *l. cum prætor. ff. de iudic. l. maritus. C. de procurat. l. tribunus. §. fin. vbi Bartol. ff. de testam. milit. cap. susceptum de rescript. lib. 6. cap. sanè de priuilegiis, fusissimè post innumeros quos citat & sequitur And. Tiraquell. de retract. consanguineorum. §. 1. glos. 9. numer. 180. estque res omnium calamis, & ore trita.*

Sed videamus, quibus rationibus rem claram obscurare conentur. Primò aiunt Regem Sigismundum ob naturam priuilegii, quod vltra ius commune aliquid debet operari, voluisse in priuilegio familiæ recedere à iure communi, in hoc, vt in feudis post masculos fœminæ (quas ius feudale prorsus excludit) admittantur, ergo eadem interpretatio facienda est circa concessionem Vladislai Regis in bonis Wartenbergicis. Concesso antecedente, negatur consequentia. Quia ad bona priuilegio Sigismundi inserta, cum feudalia fuerint, opus fuit priuilegio: at Dominium Wartenberg ab initio, id est, illo puncto temporis, quo Joannes & Nicolaus titulo emptionis adquisierunt, allodium fuit, nec ergò necessarium priuilegium, nec extensio facienda de re ad rem, præsertim vbi diuersa inter vnam & alteram ratio est: Nec nudè asserendum, quod hi duo fratres rem sua pecunia emptam voluerint fideicommissi oneri subiicere, sed
143 legitimè probandum foret: In dubio namque dicimus fideicommissum non extare, *Iacob. Menoch. lib. 4. præsumpt. 267. num. 1.*

Secundò arguunt, priuilegium familiæ indefinitè datum est, quoad omnia bona, quæ Rechenbergi in Ducatu habent, & non cum adiectione quæ nunc habent, ergò debet intelligi de bonis etiam acquirêdis: Etenim qui omne dicit, nihil excludit, sed bona tam præsentia, quàm futura subin-

subintelligit. At rursum negatur consequentia, quia verbum (quæ habent) est præsentis temporis, atque adeò sua proprietate non includit futura. Nec possumus per interpretationem ad futura trahere, cum versemur in materia onerosa, nimirum in materia bona liberè empta subiiciendi perpetuo fideicommisso. Et indefinita illa seu etiam generalis locutio de omnibus bonis intelligitur de iis, quæ tunc temporis Rechenbergi habebant, etiamsi non sit adiecta particula (nunc) quam ipsa proprietas verbi præsentis temporis importat; Præsertim cum Rex Sigismundus ita sese explicet, dum generalitati subiungit specialem bonorum enumerationem, alle jhre Dörffer vnnd Güter/ als nemblich die Schlau/ daß Stättlein Laubegast/ & quæ sequuntur.

Tertiò ratiocinantur ab identitate rationis & causæ quod priuilegio familiæ causam dederint bene merita Rechenbergiorum, & cura conseruandi familiam. Respondemus, bene merita ansam dedisse Regi Sigismundo feuda Rechenbergiorum in allodia commutandi cum *qualitate* fœminarum suspensiua, vel, vt prætendunt, cum onere fideicommissi, & ansam quoque dedisse Vladislao vendendi bona Wartenbergica duobus fratribus in allodium & absque onere. Neque enim necessum est, vt cum merita sunt eadem, etiam gratia merita subsequens semper sit eadem. Et quamuis priuilegium familiæ haberet rationem conseruandæ familiæ, tamen instrumentum venditionis bonorum Wartenbergicorum de hoc nihil dicit, sed concedit emptoribus ista bona, zu Erb vnd Eigen/ & ad liberam dispositionem, ergo ratio priuilegij ad emptionis contractum producenda non est.

Quartò dicunt, si priuilegium familiæ non complecteretur bona Rechenbergiorum adquirenda, sed adquisita duntaxat; tunc non prodesset, *contra notata in authent. habita. C. ne filius pro patr.* quia idem priuilegium habebant in suis bonis antea ex concessione Ioannis Silesiæ Ducis. Respondetur, nos concessionem istam non vidisse, cum nihil de isto Ioanne Duce habeamus, nisi simultaneam inuestituram de anno M.CCCC.LXXVII. quam si hoc loco intelligunt, certè suæ causæ malum subsidium quærunt, cum inuestitura illa fœminas omninò non admittat, sed heredes feudales, id est, masculos tantummodo. Et posito adesse concessionem Ioannis similem concessioni Sigismundi; nihilominus tamen Sigismundi concessio non erit frustranea, cum plura contineat capita & immunitates, nec necessum est, vt priuilegium quoad omnia vltra ius commune aut priora priuilegia operetur, sufficit si quoad quædam & pleraque. Item non omnia priuilegia ius nouum dant, sed sæpe vetera iura & priuilegia confirmant.

Quintò adducunt confirmationem Regis Ludouici de anno M. D. XXII. & hanc rationem, quod iniquum foret dicere agnatos reliquos esse grauatos pactis familiæ, & fratres duos Ioannem & Nicolaum esse liberos quoad bona Wartenbergica, respondemus, nos supra ostendisse, quod confirmatio illa ad priuilegia familiæ non pertineat; & iniquum non est, vt fratres habeant bona libera extra fideicommissum familiæ, sed imputare sibi debet reliqua agnatio, cur fratres aut bona ipsorum sua solicitudine in eadem pacta non pertraxerint. Sicque firmum manet, quod priuilegium familiæ ad bona Wartenbergica trahi nequeat. Nec quicquam communius, quàm vt illustres familiæ possideant quædam bona pactis subiecta, & deinde etiam bona libera, quæ vel suo labore, vel aliunde de nouo adquisiuerunt.

Reassumendo nunc omnia, quæ de priuilegio familiæ prætenso hucusque adduximus, quandoquidem hoc priuilegium aut (vt probauimus) abrogatum est per posterius priuilegium, & vsum sequētem: aut etsi consisteret, ad causam testati, in qua nos versamur, non pertinet: aut saltem ad Dominium Wartenberg cum eius pertinentiis trahi non potest: item quandoquidem nullum fideicommissum (quod constanter asserimus) in priuilegio illo fuit institutum: aut si institutum fuit, tamen & potuit remitti, &

ipso facto est remissum: Dominus Reus non meliore iure huic familiæ priuilegio incumbit, quàm illi simultaneæ inuestituræ. Et sic responsum est ad primum & præcipuum Domini Rei firmamentum.

De secundo titulo, ex testamento Ioannis de Rechenberg Equitis.

Sequitur secundus titulus, allegatus à Domino Reo, & desumptus ex testamento Ioannis de Rechenberg Equitis aurati & Baronis. Ad cuius confutationem duo rursus à nobis demonstranda sunt. Primò quod hoc testamentum ad priuilegium familiæ se nullo modo referat, multò minus secundum ipsius tenorem erectum sit: Deinde quod Georgius de Rechenberg, inter cæteros illo testamento honoratus, nullo fideicommisso fuerit grauatus, sed potiùs quod Dominium Wartenberg cum pertinentiis pleno iure, sine vllo grauamine, ad eum post mortem Ioannis testatoris deuenerit.

Et quidem quod primum membrum attinet, legimus & relegimus totum testamentum, nec potuimus vllum verbum inuenire, quo vel mentio aliqua, vel relatio fieret ad priuilegium familię: sed prorsus contrarium, quod Dominus testator disertè se retulerit ad statutum Nobilitatis Glogouiensis, & iuxta ipsius sanctionem testamenti sui confirmationem instanter petierit: **Fleissig bittende/ dieweil ein jeder/ vermög deß gemeinen Landts Priuilegien/ Statuten/ vnd Willkürn/ mit dem seinem gantz mechtig zuthun vnnd zulassen hat/ dasselb also Ambts halben zuuergunnen vnd zubestettigen.** Ecce quomodo testator se non ad priuilegium, sed ad statutum retulerit, & secundùm hoc statutum testari voluerit, & per consecutionem, quod de vi relationis in iure & apud interpp. habetur, facere inesse relatum cum suis quali-
144 tatibus referenti, *l. in testamento. ff. de condit. & demonst. l. asse toto ff. de hered. instit. DD in auth. si quis in aliquo, C. de edend.* ad nostrum propositum rectè accommodatur, nempe quandoquidem se retulit testator ad statutum, & voluntatem suam ei conformare cupiuit, quod sicut statutum dat liberam testandi facultatē, ita & ipse hac libertate gaudere voluerit. Et hoc est, quod post mortem testatoris Georgius in Dominio Wartenberg, &c. per Magistratum Prouinciæ confirmatur, **So auff in Krafft eines Testaments** (Domini Ioannis Equitis) **vnd deß Landts Begnadung** (hoc est, statuti de liberrima testandi facultate) **gefallen**/ vti ipsemet Dominus Reus exceptionibus suis *sub litera G. numero primo* adiecit.

Vt hinc in re tam clara meritò quis mirari queat, ac quærere, vndenam ex aduerso hæc vana assertio probari possit, quod Ioannes Eques se & voluntatem suam vltimam voluerit secundùm priuilegium regulatam? nisi fortè ex hoc capite, quod confirmationem testamenti placuerit in exceptionibus *sub littera H.* omittere; & eius loco aliam quandam relatiuè saltem, sed & id ambiguè atque obscurè (**nach laut vnsers** Priuilegions) allegare. Sed iustitia non patitur huiusmodi tenebras soli obducere, & quæ intentionem Domini Actoris iuuant, Domini Rei vero eneruant sicco, vt aiunt, pede transire,
145 aut præiudiciosè celare; in ciuile esse, ait Celsus, nisi tota lege (vel hic toto testamēto) perspecta, vna aliquâ particula propositâ, iudicare, vel respondere. *l. in ciuile est. ff. de ll.*

Vel certè ex eo relationem ad priuilegium quis sibi imaginabitur, quod verbis expressis quidem facta non sit; sed tamen virtualiter, seu tacitè eo ipso, quod Dominus testator filias suas exclusit, & fratres aliosque agnatos ad successionem
146 vocauit; tacitæ autem & expressæ relationis in iure eandem vim esse & potestatem. *argum. text. in l. de quibus. ff. de legibus in l. cum quid. ff. si cert. petat. in l. triticum ff. de verb. obligat. cum vtrobique notatis, & vult Nicol. Euerhard. Præs. in Top. loc. ab expreß. ad tacit. num. 1.* Verum respondemus, quandoquidem Dominus testator expreßè contestatus est, quod velit testari secundùm statuta Prouinciæ, prout formalia verba iam attulimus, consequitur, exclusionem hanc filiarum ab immobilibus, satis magna pecunię aliorumq; mobilium quantitate compensatam, non processisse ex necessitate priuilegij familiaris, quod iam

iam tum non consistebat ampliùs, sed ex libera testandi facultate & stylo, quem statutum Prouinciæ suppeditauit: & per
147 se ruit, quod dicitur, taciti parem vim esse cum expresso, nam hoc dictum illo casu locum habet, quo nihil est expressum, tunc enim possumus ad tacitos intellectus & interpretationes nonnunquam procedere & illos assumere, atque si expressi essent; vbi autem quid expressum est, sicuti in proposito, quo expressit testator quod velit testari secundùm statuta loci, tunc alia regula est, nimirum quod expressum faciat silere tacitum, *l. fin. C. de pact. conuent. l. si fundum sub conditione. §. qui fundum. ff. de legat. 1. l. cum filio. §. fin. ff. de vulg. & pupill. subst. Euerhard. cit. loc. num. 20.* & quando manifestè de voluntate disponentis constat,
148 quod interpretationem ne Imperatoria quidem maiestas sibi vindicat, *l. 1. C. de ll. l. nec auus. C. de emancip. liberor. l. 2. C. de precib. Imp. offerend.*

Immò quod amplius est, non solùm verba testatoris se ad statuta referentis coniecturam, quod iuxta priuilegium familiæ testari voluerit, excludunt; sed & *ipsum factum* seu dispositio, qua multa eademque precipua huic priuilegio è diametro contraria inueniuntur. Vt enim §. zum vierzehenden. & §. sequentem, in quibus heredum institutio, & sic præcipua pars testamenti continetur, tantummodò examinemus: in d. §. zum vierzehenden/ sunt hæc prima verba, Ob ich ohne Mannliche Leibes Erben abgienge / damit meine nachgelassene Güter nit alle in frembde Hände/ durch verehelichung mit meinen Töchtern kommen/ so verordne/ rc. Hæc verba nil aliud sonant, quàm quod priuilegium familiæ de exclusione fœminarum in rerum natura etiam tum temporis non fuerit, sed quod ab intestato fœminæ successissent, si per testamentum hæc succedendi facultas eis adempta non esset. Nam si priuilegium fœminarum exclusiuum adhuc viguisset, non fuisset opus hac testatoris cautione, cum ipso iure ex priuilegio competente exclusæ mansissent. Conficitur ergo ex ipsa hac dispositione & cautione Domini Ioannis Equitis, quod fœminas non propter priuilegium, & sic ex obligatione seu necessitate, sed propter alias causas, in sua voluntate & arbitrio consistentes, excluserit.

His addimus, quod exclusio fœminarum non fuerit præcisa, sed reliquit eis testator possessionem & fructum omnium bonorum vsque ad tempora nuptiarum, quibus temporibus iussit, vt cuiuis filiæ vltra fructum ex bonis interea quæsitum & preciosissima mobilia, sex millia aureorum Hungaricorum à fratre & agnatis antequam possessione cedant, numerentur, d. §. zum vierzehenden. vers. doch/ daß dieselbigen Häuser / rc. Quæ sanè, stante priuilegio & fideicommisso familiæ, iuxta partis aduersæ prætensionem, fieri non potuissent, tum quod bona ad masculos deuenissent mox post mortem testatoris, nequidquam in contrarium valente ipsius dispositione, qua vsque ad tempus nuptiarum filiæ fructum bonorum capere iubentur, *l. vlt. §. sed quia nostra maiestas. Cod. commun. de legat.* tum etiam, quod licet ex fideicommisso filiabus possit dos
149 constitui, *auth. res. quæ. eodem.* debet tamen
150 esse dos congrua, quæ non nimium oneret aut exhauriat fideicommissum, *vti fusè post alios declarat, Petr. Anton. de pet. in tract. de fideicommiss. quæstione 8. numer. 405.* cuiusmodi dos non videtur fuisse istarum filiarum, sed longè maior & bonis fermè æquiualens, cum bona Wartenbergica septem millibus aureis Hungaricis duntaxat fuerint empta, vt ex instrumento venditionis, Exceptionibus *sub littera F. numero tertio* apposito, patet, & cuiuis aliàs constat, quanta summa fuerit dos nominata, & quàm exiguus valor bonorum, ante octuaginta annos quando testamentum, de quo loquimur, conditum fuit.

In §. zum fünffzehenden Melchiori von Giersdorff sororis filio relinquit testator dominia Lindaw / Newstatt & Popschütz/ com omnibus pertinentiis: id quod similiter non fecisset, aut facere potuisset, si priuilegium familię adhuc in vigore fuisset, aut secundum illud, vt prætenditur, testari voluisset: nam appellatio masculo-
151 rum in quauis dispositione legis vel hominis excludente fœminas, semper intelligitur de masculis ex linea masculina descen-

ſcendentibus: non autem de maſculis ex fœmina, vtpote radice infecta, deſcédentibus, etiamſi ſit filia (ne dicamus ſoror) mater maſculorum, *vti poſt complures DD. præclarè & fusè demonſtrant Valentin. Forſter. lib. 3. de ſucceſſ. ab inteſt. cap. 17. per tot. & And. Tiraquell. de iur. primig. q. 12. num. 5.* Nec ſatis fieri olim diximus, ſi quis reſpondeat, hûc ſororis filium eſſe grauatum reſtituere poſt mortem bona ſpecificata fratri teſtatoris, aliisque ipſius agnatis; quia ſicuti bona, quę ſubſtant fideicommiſſis, aut pactis gentilitiis, in præiudicium vocatorum alienari perpetuo nequeunt, ita nec ad tempus aut dies vitæ alicuius extranei poſſunt, ſed mortuo vno ex grauatis, ſequentes in gradu mox ſuccedunt, non attentâ diſpoſitione demortui grauati. Atque ex his clariſſimè conſtat, quod nec verba, nec mens, nec ipſe teſtandi actus oſtendant, Ioannem Equitem ſe priuilegio familiæ alligaſſe, ſed omnia contrarium ſuadere.

Supereſt, vt demonſtremus, etiam circa hoc teſtamentum, illud nullum omninò fideicommiſſum continere, quod perſonam Georgij de Rechenberg grauauerit, quo minus liberè teſtari, maſculosque iuxta atque fœminas conuenienter ſtatuto Nobilitatis honorare ſuo teſtaméto potuerit.

152 Qua in re cum ſciant aduerſarij, bona in dubio cenſeri liberè relicta à teſtatore, non autem onere fideicommiſſi & reſtitutionis grauata. *l. quidam cum filium, vbi Bald. in fin. ff. de hered. inſtit. l. Gallus. §. quidam rectè ff. de lib. & poſtum. Iacob. Menoch. in conſ. 85. numer. 87. vol. 1. & lib. 4. præſumpt. præſ. 67. numer. 1.* ideo ne fruſtra quid contra præſumptionem iuris dixiſſe videantur, probant fideicommiſſum aſſertum in primis ex eo, quod Ioannes Eques ſe ad priuilegium familiæ retulerit, & ſecundùm hoc teſtatus ſit, quod quia perpetuum fideicommiſſum in ſe complectitur, cum eadem qualitate & onere Ioannes Eques in ſucceſſores bona vniculata transfudit, cum, vt non multò ante ſcripſimus, priuilegium relatum inſit teſtamento referéti, quoad omnia, & ſic etiam quoad fideicó-
153 miſſum, *Bart. in l. 1. in princ. ff. de recept. arbit. in l. fin. ff. ſi fam. furt. fec. dicat & in l. ſi quis ſeruum, §. fin. ff. de legat. 2.* Deinde probât fideicommiſſum per verba, **damit meine Güter nit alle in frembde Händ kommen /** item per verba, **so verordne / verschaffe / testamentiere ich hiemit /** & per rationem, quod teſtator maſculinitatem familiæque conſeruationem toto teſtamento ab oculos habuerit, peruulgatum autem eſt, per verba, ne bona ad extraneos deueniant, ſed in familia relinquantur, fideicommiſſum induci. *l. filiusfamil. §. cum pater ff. de legat. 1. l. vnum ex familia. §. ſed et ſi fundum. l. peto. §. fratre. ff. de legat. 2. Anton. Faber. lib. 14. coniectur. cap. 6.* idemque eſt iudicium de verbis volo, ordino, mando, iubeo, vt bona mea perueniant ad fratres, & fratrum prædefunctorum liberos, &c. *§. vlt. I. de ſing. reb. per fidei-com. relict. l. 2. C. com. de legat. Tib. Decian. conſ. 1. num. 287.* aut quando teſtator de conſeruatione familiæ ſuæ ſolicitus fuiſſe ex diſpoſitione ipſius apparet, *Menoch. d. lib. 4. præſumpt. 68. num. 9. & num. 18.*

154 155 156 (margin numbers beside the right column, in order)

Nos hiſcè non attentis contendimus, Georgium de Rechenberg nullo prorſus fideicommiſſo grauatum eſſe: verba namque quibus Dominium Wartenberg cum pertinentiis ipſi relinquitur, ſunt iſta: **So verordne / verschaffe vnd testamentiere ich daß nach meinem tödtlichē Abgang Georgen Rechenberg von Windischenboraw meinē Vettern das Hauß Wartenberg mit aller Herrligkeit vnd Zugehörungen / zukommen vnnd haben soll /** ecce ſolam inſtitutionem heredis nominatim expreſſi in iſto dominio, nec vllum verbum, quoad vlteriores gradus ſubſtitutionis ſiue directæ, ſiue obli- 157 quæ proceſſiſſet teſtator; & nemo in iure eſt tam malè verſatus, qui definitionem ſubſtitutionis ignoret, quod ſit ſecundo aut vlteriore gradu facta inſtitutio. *l. 1. in princ. l. ex facto. §. Lucius. ff. de vulg. & pupill.* 158 *ſubſtit.* quod item in materia ſubſtitutionis, præſertim fideicommiſſariç, ſupplere non poſſimus, aut dicere id, quod teſtator non dixit. *l. commodiſſimè, & ibi DD. ff. de lib. & poſtum. l. iam hoc iure, in princ. ff. de vulg. & pupillar. ſubſtit.* in cuius ſpecie Imperatoria conſtitutione opus fuit, vt expreſſa vulgaris contineret tacitam pupillarem. Sed, vt Vlpiani dicto vtamur, nec vſquam relatum eſt, nec vnquam receptum, quod inſtitutio vnius, & ſpecificè nominatæ perſonæ

sonæ fideicommissariam substitutionem de restituendo alteri à testatore nullo modo vocati tacitè complectatur; sed potius ICti nostri, quando rogabantur, an in casu ipsis proposito, fideicommissum inductū existiment, religiosissimè obseruarunt testatoris dispositionem, & casum verbis non conceptum interpretatione sua non
159 induxerunt, quam nec inducere potuissent, si maximè voluissent, *videantur l. fideicommissa. §. si ita quis. l. pater filium, §. mater filios, l. testatorem, alias l. Iuliano. §. 1. ff. de legat. 3. l. Titia cum testamento in princ. & §. Gaius Seius. l. cum pater, §. mando. ff. de legat. 2. l. generali, in princ. ff. de vsufr. legat. l. Thais §. Lucius Titius. la. 2. ff. de fideicomm. libert. l. ex verbo. C. eod. & alia iura, quæ in terminis nostris acutè considerat Anton. Faber. lib. 14. coniect. rer. cap. 2.* In hisce legibus sunt casus, quibus testator vsus est nonnullis verbis quæ fideicommissum inducere videbantur, & tamen ICti responderunt contra fideicommissum; quid ergo verisimile est eos facturos fuisse in nostro proposito, quo nullum vestigium fideicommissi? Et hoc est quod interpp. nostri, secuti ICtos illos veteres, generatim tradunt, in voluntate testatoris interpretanda diuinare non lice-
160 re. *Nou. de testam. imperf. circ. fin. per quē text.*
161 *ita arguit Bald. cons. 235. lib. 5.* voluntatem testatoris non attendi, quando verba non patiuntur, etiam quod magna sit præsumptio illius volūtatis. *l. si alij ff. de vs. & vsufr. legat. idem Bald. cons. 408. lib. 3.* non sufficere, vt quis dicat, testator ita voluit, postquam
162 non dixit aut nō expressit. *l. quoties in princ. ibi, neque enim quem voluit, &c. ff. de hered. instit. l. in ambiguo. ff. de reb. dub. l. iubemus. C de*
163 *testam.* in voluntate testatoris præsumenda nihil subaudiri debere. *l. fin. de manum.*
164 *testam. Aym. Crauett. cons. 161. num. 15.* testatorem censeri liberè reliquisse bona heredi instituto, non autem onere fideicommissi grauasse, vt paullò ante cum Menochio, indicauimus, qui licet. *in d. lib. 4. præs. 68.* præsumptiones quasdam adducat, quæ fideicommissum suadere solent, nulla tamen earum ad hunc nostrum casum, quo precisè institutio heredis facta est, & aliud nihil, aptari potest, vt considerāti patebit.

Porrò sicut Ioannes Eques idemque testator, Georgium de Rechenberg fideicommisso non grauauit, ita & cæteros heredes à se institutos à tali onere vel immunes reliquit, vel certè ita onerauit, vt hoc onus iamdudum expirauerit. Nam præter Georgium, instituit etiam heredes Clemētem fratrem, Melchiorem & Franciscum agnatos & Melchiorem von Gierßdorff ex sorore cognatum. Quod Clementem attinet, fecit quidem ei substitutionem ibi, meinem Bruder Clement/oder nach seinem Todt seinen Söhnen/ At hæc substitutio est vulgaris specialibus verbis facta. *Did. Couarr. in c. Raynucius. §. 4. num. 4.* & per
165 aditionem Clementis protinus euanuit. *l. post aditam. C. de impub. & al. substit.* vel etsi demus fideicommissariam fuisse, non tamen esset egressa filios Clementis, cùm, ex receptissima DD. sententia, fideicommissum de persona ad personam non extendatur. *Valentin. Forster. lib. 3. de success. ab*
166 *intest. cap. 23. nu. 9. Menoch. d. lib. 4. præsumpt. 73. num. 5. Crauett. cons. 98. num. 13. & cons. 161. num. 6. & 11. Cephal cons. 269. num. 11. cum seqq. & cons. 330. num 73. Natta, cons. 678. numer. 29.* Item institutio ista & substitutio facta est in Dominio Schlaua/ quod Dominium hodie litigioso fideicommisso nō substat, nec pertinet igitur ad nostrū casum. Melchior & Franciscus agnati instituti fuerunt in Dominiis Beuthen & Thorne/ & quidem rursus sine vllo grauamine, aut vlteriore substitutione, perinde vt Georgius de Rechenberg, adeoq; circa hos nullum quoque fideicommissum fingi potest. *per supr. dicta.*

Denique Melchior von Gierßdorff institutus in Dominiis Lindaw/ Newstatt & Popschuß/ grauatus sanè fuit restituere ista bona post mortem, sed iterum certis personis, puta coheredibus Georgio, Clemēti, aut eius filiis, Melchiori & Francisco, qui institutionis casus, cùm iamdudum contigerit, fideicommissum quoq; à personis specificatis ad alias personas non extensibile intercidit. Et sic ab enumeratione sufficienti omnium heredum institutorum planè constat, Ioannem Equitem suo testamento nullum instituisse fideicommissum, quod hodie in considerationem venire posset.

Et sunt leuissima illa, per quæ fideicommissum ex aduerso adstruitur. Quod enim

enim aiunt, Ioannem sæpissimè dictum,
se retulisse in suo testaméto ad pacta fami-
liæ, & sic qualitatem fœminarum suspen-
siuam, donec extant masculi, inesse te-
stamento referenti, sola negatione euer-
titur. Negamus quippe Ioannem se retu-
lisse ad pacta; nec probant aduersarij suam
167 assertionem, vt facere deberent, *l. ei incum-
bit, ff. de probat.* immò nos ex clarissimo te-
stamenti contextu ostendimus, testato-
rem se retulisse & accommodasse ad pri-
uilegium commune, eiusque libertatem
testandi verbis & facto amplexum esse,
ergo non potest saluo iure fieri, vt nudę &
verbis testamenti, ipsiq; dispositioni con-
trariæ assertioni plus credatur, quàm legi-
timæ & sufficienti probationi.

Quod subiicitur verba, **verordnen/ver-
schaffen/ testamentieren/** esse verba fidei-
commissorum, respondemus, quod im-
mò sint potius verba directa, vel saltem
communia, vtrumque sensum habentia,
168 vt quis vel manu sua accipiat, vel de ma-
nu alterius, *per notata Bart. in l. centurio. nu-
mer. 46. ff. de vulg. & pupill. substit.* neque e-
nim germanica lingua exactā distinctio-
nem, quoad istas iuris subtilitates, submi-
nistrat, vti in terminis de verbis **schaff vnd
ordne** concludit *Nicol. Euerh. iun. cons. 4. nu-
mer. 54. vol. 2.* Et certum est, quod hæc ver-
ba in proposito debeant accipi in sensu
directo, cum præter nominatos in §. **zum
vierzehenden.** & §. seq. nullus sit heres insti-
169 tutus, & tamen testamentum sine herede
nō subsistat. *§. ante heredis I. de legat. l. 1. in fin.
ff. de vulg. & pupill. substit. l. fin. ff. de iur. codi-
cill. l. 1. ff. de hæred. instit.* rursumq; fideicom-
missum relinqui, nequeat, nisi quis dire-
170 cto fuerit institutus, cuius fideicommitta-
tur, vt hereditatem alij restituat, *text. in §.
in primis igitur. I. de fideicomm. hered.* quoni-
am igitur nominati in dd. §§. sunt primi,
interpretatio hæc est adhibenda, vt verba
allata accipiantur in sensu directo, atque
heredis institutionem importent; præter-
quam enim quod proprietas verborum
hoc omnino patiatur, à qua recedi non
171 debet. *l. 1. §. is qui nauem. ff. de exercit. action.
& l. non aliter, ff. de legat. 3.* etiamsi esset ali-
qua ambiguitas in verbis, intelligenda ta-
172 men potius sunt, vt actus testandi valeat,
quam vt, ob omissam heredis institutio-
173 nem, pereat. *l. quoties dubia. ff. de reg. iur.* &
potius in significatione directa quam ob-
liqua. *c. si pater, de testam. lib. 6.* Nec obstat, si
dicas illos §§. non continere heredis in-
stitutionem, cum sint de certis Dominiis;
respondebit enim Vlpian. receptum esse,
rerum heredem institui posse, nec esse in-
utilem institutionem. *l. ex facto proponeba-
tur. 35. in princ. vers. dicebam. ff. de hered. instit.*

Quod tertiò pro fideicommissi indu-
ctione adferunt verba, **damit meine Güter
nit alle in frembde Händ kommen/** & quod
ex reliquo contextu testamenti appareat,
testatorem masculinitatis seu agnationis
rationem habuisse, adeoq; fideicommis-
sum perpetuum instituisse, facilem rursus
174 dissolutionem habet; quia ad hoc, vt fidei-
commissum pręsertim perpetuum & rea-
le dicatur inductum, non sufficit sola ra-
tio, sed principaliter requiritur disposi-
tio, id est, oportet vt testator disponat, v. g.
familiam, descendentes, agnationem, &c.
collectiuo nomine ad fideicommissum
vocet, & deinde rationem, si vult, suæ di-
spositioni adiiciat, quod velit bona in fa-
milia perpetuò conseruari; hac namq; spe-
cie DD. nostri censent, fideicommissum
non solùm inductum, sed & repetitum &
continuatum in familia aut agnatione, vt
ex multorū sententia concludit. *Iacob. Me-
noch. d. lib. 4. præsumpt. 69. num. 9.* quando ap-
paret, ait, testatorem voluisse bona perpe-
tuò cōseruari in agnatione & familia, tunc
onus restitutionis pręsumitur à testatore
repetitum in alios & deinceps. Atqui in
nostro casu, & quod Georgium item Mel-
chiorem & Franciscum Rechenbergos
attinet, his nullum onus restitutionis est
iniunctum, sed sunt instituti simpliciter,
& absq; vlla substitutionis adiectione, er-
go non potest esse quæstio de repetitione
seu cōtinuatione restitutionis: vel ex vul-
gari dicto, non entis nullas qualitates esse,
175 *l. eius qui in prouincia. vers. quoniam. ff. si cert.
pet. L. Pomponius. §. fin ff. de aquir. vel amitt.
poss. l. si seruum. § fin ff. de action. empt. l. nec vl-
lam. § si quis absentis ff. de hered. petit. & vtro-
biq; DD.* Quoad Melchiorē de **Gierßdorf,**
& secundum vnam opinionem Clemen-
tem de Rechenberg, est quidem ipsis in-
iunctum restitutionis onus, non tamen vt
restituant familiæ, agnationi, aut aliter,
per

per verbum collectiuum, toti alicui generationi; sed vt restituant certis personis specificè nominatis, *vt paullò ante vidimus*. Ergo verba allegata, ne bona omnia ad extraneos deueniant, & ratio masculinitatis aut agnationis iuridicè restringuntur ad illos masculos & agnatos, quos testator expressit, & in quibus familiam florere voluit, *l. cum ita legatur, aliàs l. omnia. §. in fideicommisso. ff. de legat. 2.* in cuius specie ICt[9] dicit, quod ad fideicommissum familiæ vocentur primum nominati, deinde proximiores de familia: è contrario igitur vbi non est fideicommissum familiæ, sed tantùm nominati, præter nominatos nemo admittitur, *faciunt l. heredes mei, §. cum ita ff. ad SC. Trebell. & l. cum pater. §. hereditatem. ff. de legat. 2.* vbi Papinianus fideicommissum ad filios nominatos disertè restringit, & probant ea, quę diximus fideicommissum de persona ad personam non extendi. Ita deniq; putamus sufficienter confutatam secundam prætensionem Domini Rei.

De tertio titulo, ex testamento *Georgij de Rechenberg institutoris fideicommissi.*

Tertiò principaliter se fundat Dominus Reus in testamento Georgij de Rechenberg. Ait enim quod is, qui adeundo approbat dispositionem & factum defuncti, quoad omnia hoc factum præstare debeat, adeoq; præstitisse censendus sit, *l. ex*
176 *qua persona. ff. de reg. iur. l. cum à matre. C. de rei vindic. l. si ab eo. C. de negot. gest. l. si fratri tuo. C. de donat. cum similib. allegatis per D. Andr. Fachin. lib. 7. controuer. iur. cap 13. concl. 1.* vt hinc
177 quasi contraxisse dicatur cum omnibus defuncti creditoribus, legatariis, & fideicommissariis. §. *heres quoque I. de oblig. quæ quasi ex contr. nascunt. l. si quis absentis. §. heres quoque. ff. de oblig. & action. l. apud Iulianum. §. fin. ff. quib. ex caus. in poss. eat.* nec vllo modo possit fideicommissariæ defuncti dispositioni aut aliis in testaméto contentis con-
178 trauenire. *l. peto. §. fratre. ff. de legat. 2. DD. in l. filiusfam. §. Diui ff. de legat. 1.* Atqui ita est; quod Georgius de Rechéberg non solùm aditione sua, sed & successu temporis suo testamento approbauerit priuilegium familiæ, & fideicommissum testamento Ioannis Equitis aurati & Baronis insertum; quippe qui non solùm se ad testamentum iam dicti Equitis, qui iuxta priuilegium testatus est, retulit, verùm etiam proprias filias propter masculos à successione exclusit, conficitur igitur quod nihil contra priuilegium & fideicommissum admittendo fœminas, masculis adhuc extantibus, fecerit aut saltem facere potuerit.

Et sic verba in §. vnnd da Melchior/ rc. So am nechsten darzu gesippet vnd gefreundet sein/ sie seind Mannlichs oder Weiblichs Geschlechts/ non sunt intelligenda secundùm allegationem Domini Actoris, quasi fœmina proximior possit excludere agnatum remotiorem: sed potiùs secundùm dispositionem iuris, quo in materia feudali, & similibus, licet fœminæ etiam vo-
179 centur, tamé non veniunt, nisi tum, quando omnes masculi sunt extincti, *vti docet Hartman. Pistor. lib. 2. q. iur. p. 2. q. 34. num. 23. & 28.* Vt taceamus quod Domini Actoris intellectus esse videatur contra voluntatem defuncti, pro qua voluntate non stat alia presumptio, quàm quod se priuilegio & fideicommisso Domini Equitis conformârit, præsertim dum ipso facto filias suas masculis posthabuit, *l. heredes mei. §. cum ita, vbi DD. ff. ad SC. Trebell. Iul. Clar. in §. testamentum, q. 76. numer. 11.* Vel si contra voluntatem non est, saltem erit contra potestatem, cùm in necem & præiudicium priuilegij & fideicommissi sæpedicti, fœminas, extantibus masculis, quantumuis remotioribus, non potuerit vocare, quod sanè ad eneruationem dispositionis huius
180 sufficit, ad cuius perfectionem voluntas & potestas simul requiruntur, *Bald. in repetit. l. 1. num. 137. C. de SS. Eccles. & est text. in l. si quæramus, ff. qui testam. fac. poss.*

Verùm tantum abest, vt persuadere nobis possimus, quod Dominus Reus possit titulum aliquem aut firmamentum suę causæ ex testamento Georgij de Rechenberg habere, vt non dubitemus, hoc testamentum omnem ipsius intentionem perimere, vt supra in decisione huius quæstionis vidimus.

Quod obiecta & tortam interpretationem attinet, concedimus hæc duo; Primùm Georgium de Rechenberg amplexum esse adeoq; approbasse voluntatem defuncti Equitis, eo ipso quod Dominiũ

Wartenberg iuxta voluntatem adquisiuit; secundò concedimus, quod Georgius & tempore adquisitionis, & tempore conditi sui testamenti nihil fecerit, aut etiam facere potuerit, contra memoratam Equitis voluntatem siue dispositionem, cui per clausulam pœnalem in §. zum achtzehende/ sub periculo amissionis relictorum subiectus erat, *per notata ab Vdalr. Zas. in cons. 2. in fin. vol. 1.*

At quæ assumuntur de priuilegio familiæ, & fideicommisso Domini Equitis, quandoquidem ad secundam rationem Domini Rei demonstrauimus, quod nullum fideicommissum testamento Domini Equitis Georgio fuerit iniunctum, sed Dominium Wartenberg sine omni onere liberè ad eum peruenerit: quoniam item ad primam rationem ostendimus, priuilegium, etiam antequam Dominus Eques testaretur, expirasse, aut certè eum sensum non habere, vt testādi facultatē infringat: & quod accedit tam illum Equitem quàm hunc Georgium de Rechenberg per verba formalia suis locis à nobis relata, se declarasse, quod testentur secundùm statuta, consequitur assumpta ista, solà rursum negatione euerti; & iura iis applicata, vtpote
181 diruto fundamento, cui super instructa erant, non subsistere, *l. egi tecum. ff. de except. rei iudic. c. fin. in pr. ibi, quoniam vbi fundamentum non est, super ædificari non potest. de Presbyt. non Baptiz.*

Et quod annectitur testatorem istum proprias filias exclusisse, difficultatem non habet, quia, vt & supra inculcauimus, hoc factum est ex libertate testandi, & non ex necessitate priuilegij aut extincti, aut non obstantis. Probatque omnino hanc libertatem, quod in prioribus gradibus fœminas excluserit quidem, tandem autem (id est nostro casu) eas vocauerit, quod factum apertè demonstrat fœminarum exclusionem non fuisse necessariam, sed voluntariam, quamdiu nimirum testatori placuit.

Per quæ & illud fit, quod §. vnnd da Melchior/ in verbis finalibus non sit interpretandus iuxta dispositiones feudales, vbi fœminę habilitatæ censentur in eum casum, quo masculus non extat, neque enim hoc loco versamur in materia feudali, cum feuda in allodia sint mutata, vel saltem allodiis, quoad disponendi facultatem, exæquata: sed vt testator ipse in suo elogio dixit, iuxta iura communia & statutum loci, quo feuda, quoad potestatem de iis disponendi, ad instar allodialium 183
bonorum sunt redacta; & in vulgus notū est, in materia allodiali, fœminas cum masculis ad successionem vocatas, vna succedere si pari gradu sunt, vel etiam masculos excludere, si sunt gradu proximiores, *l. maximum vitium. C. de lib. præterit. cum similib.* Estque hæc nostra interpretatio, in iure communi, statuto, & verbis testamenti clarissimis fundata, nec contra volunta-
184 tem testatoris, cum voluisse id censendus sit, quod verbis expressit, *pulchrè Aym. Crauet. cons. 363. num. 15.* nec contra potestatem, cum ius commune, & prę sertim statutum ei hanc potestatem dederit, immò nec familiæ priuilegium, ad causam intestati tantummodo pertinens, ademerit, *per supra dicta.*

De quarto titulo, ex testamento *Ioannis de Rechenberg.*

Quartum causæ subsidium quærit Dominus Reus ex testamento Ioannis de Rechenberg. Nam & iste ait, grauatus onere pactorum, & testamentorum Ioannis Equitis, & Georgij aui sui, suo testamento filium instituit, filias autem exclusit. Quas filias licet filio substituerit, reliquit tamen interim filio testandi libertatē secundùm pacta & præfata testamenta: item Dominus Reus vnà cum fratre suo mox apud competentem iudicem protestatus est, quamprimum de hoc testamento audiuit, & si fortè sit contrarium pactis & sæpe dictis testamentis, ius suum integrum sibi
185 reseruatum voluit, & iuris est, protestatione iudiciali iura sua quem tueri & conseruare. *DD. in l. si debitor. §. fin. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.*

Ad isthæc respondemus, si quis sano oculo testamēti huius tenorem inspiciat, asseuerabit, quod non minus repugnet intentioni Domini Rei, quàm alia omnia testamenta in hac familia erecta: & quomodo igitur pro se poterit allegare? Nam, vt taceamus de confirmatione locum tenentis iuxta priuilegium Prouinciæ concessa,

cessa, in §. da sich auch/ legimus ista verba: da sich auch begeben würde/ daß mein Sohn ohn Leibs vnd Landslehens Erben tödlich abgehen würde/ so ordne/ setz vnd wil ich inhalts vnd vermög dises Glogischen Fürstenthumbs priuilegien (in dem es einem jeden frey vnd offen stehet/ seine Lehen vnd Erbschafft seines gefallens zuvermachen) so wol auch inhalts der Großvätterlichen Ordnung/ daß alle meine Güter von meinem Sohn/ doch vnbenommen seiner Testierung/ an meine Töchter kommen vnd fallen. Ecce ista dispositio (sunt enim & aliæ multæ clausulæ in hoc testamento, quæ pactis prætensis aduersantur, quasq; consultò omittimus) in duobus extremè Domini Rei intentioni repugnat: primùm quòd testator dicit, se testari secundum statuta communia, & testamentum auitum, pactorum verò & testamenti Equitis nullã facit mentionem: secundò quòd substituit filias, nullâ habitâ agnationis ratione.

Vnde non procedit, quod aiunt, hunc testatorem pacta & testamentum Equitis ob oculos habuisse, cum verba clarissima sint *in contrarium*. Et quamuis filium in *primo gradu* instituit, filias in secundo de*mum*, hoc tamen factum non est ob pacta aut grauamen Equitis, de quibus altum silentium, sed ob grauamen Aui, ad quod se testator refert. Quamuis item circa substitutionem filiarum relinquit filio liberam testandi facultatem, tamen ridiculum valde est, quod asserunt hoc propter pacta & fideicõmissa factum esse, quia pacta gentilitia & fideicommissa cum testandi licentia non consistunt, *supr. cit. l. vlt. §. sed quia nostra maiestas. C. comm. de legat. & nos suo loco tractauimus*. hæcq; clausula de libertate testandi cùm simpliciter & illimitatè accepta auito testamento repugnet, ob defectum potestatis in testante, non subsistit.

186 Quamuis denique Dominus Reus, & ipsius frater contra testamentum hoc sint protestati, scitum tamen est, protestationem nihil noui iuris protestanti adiicere, sed quod protestantis est, tantùm conseruare, *d. l. si debitor. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solu. Ias. ad l. non solùm. §. morte, num. 50. ff. de nou oper. nunciat. Ioan. Cephal. cons. 296.*

187 *nu. 9. & seq.* vnde est, vt si ab eo protestatio fiat, qui nullum ius habet, nihil proficiat. *l. & si quis. §. plerique. ff. de relig. & sumpt. funer. Matth. VVesenb. cons. 4. num. 99.* id quod Domino Reo & fratri contigit, qui propter imaginaria, & iam dudum abolita pacta protestationem interposuerunt, adeoque amplius nõ profecerunt, quàm quod Dominus Reus hodie eo minori iure possit hoc testamento pro se & sua intentione

188 vti, cum ex eo nemo iuuari debeat, quod nisus est impugnare. *l. Papinianus. §. meminisse. ff. de inoff. testam. l. quæsitum est. ff. de adquir. vel omit. hæred. c. ex eo non debet, de reg. iur. lib. 6. c. olim. de censib. fusissimè Ant. Gabr. lib. 6. com. concl. tit. 1. concl. 1.*

De quinto titulo, ex testamento Ioannis Georgij de Rechenberg.

Quintum principale fundamentum ponit Dominus Reus in testamento Joannis Georgij de Rechenberg nuper demortui. Sed si vnquam malè: hic sanè pessimè. Obstat namq; ei voluntas, potestas, & ipsa forma circa hoc testamentum obseruata. Et quidem quod voluntatem attinet, sæpius iste testator inculcat, se testari secundum statuta prouinciæ, & confirmationem quoq; statutis istis conuenienter solicitat, omissa interim omnimodò mentione priuilegij familiaris: relinquit etiam iuxta libertatem statutorum titulo legati vxori suæ fœminæ à familia prorsus extraneæ, Dominia Newstatt/ Lindaw/ Popschutz/ ꝛc. & vsumfructũ in Dominio Windischenboraw/ & licet proximo agnato relinquat Dominium Wartenberg, &c. addit nihilominus, se ex nulla obligatione hoc facere, sed ex mera liberalitate, ibi: vnd diß nicht auß verpflichtung/ sondern auß Gutwilligkeit. Hæc voluntas, & subsecuta voluntatem dispositio, tametsi ob defectum potestatis non subsistat, vt mox dicemus, indicio tamen est, quod sicut alij, ita & hic testator de pactis familiæ ne cogitârit quidem, multò minus voluntatem suam alia omnia faciendo eis accommo-

189 dârit; nam etiam ex actu nullo intentio & voluntas agentis colligitur, *per text. in l. fin. vbi Bartol. ff. de reb. eor. qui sub tutel. sunt, & in l. legatum sub conditione, in fin. ff. de adim. legat. tradit Octau. Cacheran. decis. 101. nu. 23.*

Porrò sicuti voluntas testatoris quantumuis inualida Domino Reo in hoc ob-

est, quod ex ea non vsus siue non obseruantia prætensorum pactorum luce clarius appareat: ita defectus potestatis & formæ eum omni commodo successionis ex hoc testamento priuat; semper enim si quærimus, an valeat testamentum, adeoq; ex eo succedi possit, prius discutiendum est, an defunctus habuerit testamenti fa-
190 ctionem, & si habuit, an secundum iuris ciuilis regulas testatus sit, *l. si quæramus. ff.*
191 *qui testam. fac. poss.* Atqui in confesso est, quod iste testator, proauito fideicommisso grauatus, præfato modo & in necem ac præiudicium fideicommissi testari non potuerit, *sæpe d. l. vlt. §. sed quia nostra maiestas. C. comm. de legat. & d. l. marcellus. §. res quæ. ff. ad Trebell. & authent. res quæ. C. eod. & quæ illis locis DD. tradunt, nosq; sæpenumero inculcauimus.* Item primo nostro responso deduximus quod circa formam duo visibilia vitia sint, vnum in sigillatione, quam duo testes omiserunt, *contra text. in l. si vnus. & in l. hac consultissima. C. de testa. & alia vulgata iura*, alterum in subscriptione, vbi nullus omninò testis formam obseruauit, quam ius præscribit, *in l. singulos testes. ff. qui testam. fac. poss.* Et quamuis ex aduerso eo confugiunt, quod testamentum hoc actis
192 fuerit insinuatum, & ex probabiliore sententia testamentum apud acta nullum omninò testem requirat, *l. omnium, & l. sancimus. C. de testam. Fernand. Vasq. de success. creat. part. 1. lib. 3. §. 24. num. 7. & latissimè disputando tenuit Riminal. in §. 1. à nu. 887. vsq; ad nu. 941. Inst. de donat. sequitur Ioach. Mynsing. cons. 6. obs. 29. nu. 4. Hieron. Schurpff. cons. 77. cent. 1. & cons. 71. cent. 2.* vnde cum testes adhibere in testamento apud acta omninò necessarium non sit, non nocebit, etiamsi in adhibitione eorum defectus aliquis appa-
193 reat; cautela namq; abundans, vt adhibita non prodest, ita non adhibita aut perperam adhibita non nocet, *l. testamentum. C. de testam. gl. ibid. verb. cautela. l. non solent. ff. de reg. iur. l si pupilli. §. 1. ff. de negot. gest. cum similib.* Quamuis inquimus, huc confugiunt, tamen non effugiunt, quia consensus, qui vigore priuilegij prouinciæ à locum tenente debet extrahi, non videtur operari circa solennitatem, sed circa potestatem duntaxat, *per ea quæ dicto responso primo*
194 *nos antehac attulimus.* Deinde etsi praxis & vsus, qui nos latet, ita fortè sit, vt locum tenens etiam solennitatem suppleat, illo tamen casu procedet, quo testator præsens locum tenēti voluntatem suam vltimam verbis declarauit, aut scripto exhibuit, & non in casu, quo per internuncios, absente testatore, talis voluntas locumtenenti seu Iudici insinuatur, prout ex iuris principiis latè deducere possemus, nisi laborem supplerent *Hartman. Pistor. lib. 3. quæst. iur. q. 28. & ante eum Daniel. Moller. lib. 1. semest. cap. 5.* vbi præclarè deducunt, quod testamentum apud acta sine solennitatibus requisitis nunquam valeat aut subsistat, nisi testator præsens coram actis siue personis acta repræsentantibus vel testamentum conficiat, vel saltem de testamento alibi condito voluntatem suam manifestè declaret. In proposito autem nostro Joannes Georgius testator ad locum tenentem nunquam venit, sed per alios confirmationem quæsiuit, & impetrauit, vt ex ipsa confirmatione testamento præmissa patet, ergo testamentum hoc non potest valere, vt testamentum apud acta, ob non præsentiam testatoris, nec etiam valere potest, vt testamentum solenne, ob formam sigillationis & subscriptionis non impletam.

Videat igitur Dominus Reus quid subsidij in hoc testamento habeat, quod eius intentioni non tantùm extremè aduersatur in hoc, quòd testator, omisso priuilegio familiæ, secundum priuilegium commune testari voluit, atq; adeò, quantum in se fuit, testatus est: Verùm etiam ex quo, ob defectum potestatis & solennitatis, consequi nihil potest, adeoq; nec titulum siue colorem suæ prætensæ possessioni quærere, *l. ex imperfecto. C. de testam. iunct. l. vlt. C. de edict. D. Hadr. tollend.*

De sexto titulo, ex consuetudine.

Sextum & vltimum principalem titulum ponit Dominus Reus in consuetudine, quod vltra centum annos bona, de quibus controuertitur, semper apud masculos permanserint, & huius occasione multa disputat, de viribus consuetudinis & actibus, quibus consuetudo probatur. Sed irrito profectò conatu: quia nos negamus consuetudinem, nec igitur quæstio inci-

incidere potest quarum virium sit, & quomodo consuetudo generatim probetur. Ratio autem cur negemus ista est solidissima, quod discurrendo per omnia testamenta in hac linea Rechenbergiorum fateri quiuis debeat, eos testatos esse iuxta iura communia, & maximè iuxta priuilegium Nobilitatis: atq; adeò quod bona penes masculos præcipuè manserint, factum est ex libertate & mero arbitrio seu facultate testantium, qui suas causas habere potuerunt: vnde ex ista mera facultate consuetudo aut præscriptio aliqua induci non potuit, qua vel testatores ligarentur ex necessitate instituendi masculos, aut res ipsæ tali qualitate afficerentur, quasi fœminas
159 respuerent; facultati, *aiunt iura & interpp.* item libero arbitrio non præscribitur; non etiam ex eo consuetudo inducitur, vt quod ego ex mera facultate & libertate feci, alius itidem facere teneatur, est res in vulgus nota, & habetur *per Ant. Gabriel. lib. 5. commu. concl. tit. de præscript. concl. 10. 11. & 12. vbi latè prosequitur.*

Quibus adde, quod in omnibus testamentis in hac linea erectis vel fœminæ, *vel ex fœminis* prognati suo casu & modo *honorati* fuère. Vt Joannes Eques filiabus vsumfructum bonorum omnium reliquit, vsque ad tempora nuptiarum, & ex sorore filium heredem instituit; Georgius in primis gradibus masculos vocauit quidem, in posterioribus autem fœminas: Joannes filias substiuit filio: Joannes Georgius vxori suæ varia Dominia legauit: Et tamen consuetudinem crepant?

Deniq; vt tandem hanc quæstionem concludamus, sicut testatorum voluntate & arbitrio masculi potiores partes in succedendo hactenus habuerunt, ita ex eodem arbitrio, quod Georgius de Rechenberg anno M. D. LIII. & sic ante quinquaginta annos expressit, non obstantibus titulis & prætensionibus Domini Rei, fœmina hodie partes potiores obtineat.

RESPONSVM IV.

QVO CONTINETVR REFVTATIO eorum, quæ Collegium Lipsiense in sententiam prioribus responsis contrariam abduxerunt.

Summaria.

1. *Prætor consilium mutantis non adspernatur.*
2. *Omnium meminisse, & in nullo penitus errare, diuinitatis est potius quàm humanitatis.*
3. *In iudicio ratione non probris certandum.*
4. *Res alienas inuadere propria auctoritate non licet, siue possideantur ab alio siue non.*
5. *Immò nec proprias, si alius eas detinet.*
6. *Si verò res est propria, aut quis titulum ad eam habet, & possessio vacans, propria auctoritate iustè occupatur.*
7. *Exemplum in hærede: item in fideicommissario suis casibus remissiuè num. 8.*
9. *Qui fundum iure familiaritatis aut habitationis ingressus est, ex causa superueniente causam ingressus vel habitationis mutare potest, & veram possessionem nancisci.*
10. *Creditoribus iure retentionis vti permissum est.*
11. *In iis quæ in animo consistunt statur dicto se declarantis.*
12. *Titulus putatiuus sufficit ad effectum vt quis bona fide possideat, & præscribat.*
13. *Possessionis substantia in corporali insistentia & animo sibi habendi consistit.*
14. *Bonorum possessio apud iudicem agnoscenda est: cui tamen causam aut edicti caput, ex quo succedere velis, aperire necessũ nõ est.*
15. *Inutilis adiectio non vitiat scripturas, nec vtilis declaratio per inutilem causæ adiectionem tollitur.*
16. *Ius de nouo superueniens priorem rei statum alterat, & verum ius tribuit. Quod declaratur num. 17.*
18. *Quod iussit vetuitq; Prætor contrario imperio tollere potest.*
19. *Destructo antecedente & consequens destrui necesse est.*

20. *Probatio quæ fit per instrumenta clarè loquentia dicitur fieri ex continenti.*

21. *Quam nec simplex partis aduersæ assertio & sinistra interpretatio: nec iuris quæstio remoratur, vt num. 22.*

23. *Duo possidere non possunt simul & semel.*

24. *Antiquiorem possessionem turbans interdicto, vti possidetis, coërcetur: imò etiam iniuriarum tenetur, num. 25.*

26. *Clandestinam aut violentam possessionem Prætor non tuetur interdicto vti possidetis & num. 35.*

27. *Ciuilis possessio animo retinetur; & sufficit ad interdictum vti possidetis, num. 28. quod hac specie vim restitutorij habet. 29.*

30. *Decretum à iudice emanatum possessore non citato & audito non valet, sed reuocandum est: & executio talis decreti est vera turbatio.*

31. *Vis clausulæ, saluo iure legitimi possessoris: vel, saluo iure quarumlibet personarum, & num. 38.*

32. *Hæres scriptus habet beneficium l. vlt. C. de edict. D. Had. toll. fallit duobus maximè casibus: si testamentum habet visibile vitium: & si legitimus adest contradictor.*

33. *Etiam iniustus possessor citandus est & audiendus antequam ex possessione eiiciatur.*

34. *Possessor & turbator distinguuntur à se inuicem secundum prioritatem temporis.*

36. *Perceptio fructuũ, & alia commoda possessionis, tum demum possessionem probant, si nemo alius possidet.*

37. *Commoda possessionis solent interdum alicui ad interim attribui, non vt possideat, sed vt maior tumultus deuitetur.*

39. *Causa testati excludit causam intestati.*

40. *Prouisio hominis facit cessare prouisionem legis.*

41. *Quod exemplis l. XII. tabul. Constitutionis Iustinianeæ in nou. 118. & statutorum fœminas excludentium illustratur num. 42. & 43.*

44. *Per verba sequentia declarantur præcedentia, declaratur num. 50.*

45. *Interpretatio quarumcunq; dispositionum ea est adhibenda per quam deuitetur contrarietas.* 1

46. *Recensetur opinio quorundam, qui putant concessa alienandi facultate, non censeri concessam testamenti factionem, sed mox refutatur. & num. 51.* 2

47. *Voluntates vltimæ sunt fauorabiliores, quàm contractus: adeoq; valet argumentum à contractibus ad vltimas voluntates affirmatiuè, num. 48.*

49. *Si testator bona fideicommisso subiecit, & simul etiam alienandi licentiam concessit, tunc fideicommissum eo tantum casu inductum censetur, quo nulla alienatio per contractum aut vltimam voluntatem à possessore fideicommissi facta est.*

52. *Taciti eadem vis quæ expressi: declaratur, num. 53.*

54. *Nihil interest suffragio quis volũtatem suam declaret, an rebus ipsis & factis.*

55. *Non vsu, multoq; magis contrario vsu seu actu à priuilegiis discedi nemo ambigit.*

56. *Non entis nullæ sunt qualitates.*

57. *Id semper inspiciendum est, quod per se ac principaliter agitur, non quod ex euentu contingit.*

59. *Testari quiuis regulariter potest: sed non de bonis fideicommisso subiectis, num. 60.*

Pars I. refutationis.

IN causa se vertente inter Dominum Joannem Ernestum Baronem de Sprinzenstein administratorio nomine Actorem, & Dominum Melchiorẽ de Rechenberg Reũ conuentũ, tria diuersis temporibus responsa dedimus, iisq; copiosè, vt opinamur, demonstrauimus, Dominum Actorem tàm in possessionis quàm proprietatis iudicio fundatum esse. Hisce nostris responsis opponuntur, vt inaudimus, responsa & sententiæ clarissimi Collegij Lipsiensis, quod collegium initio fermè huius litis à nobis dissentire cepit, & etiamnum in opinione semel concepta persistit.

Nos sanè ita comparati sumus, vt si progressus causę & circumstantiarum erroris nos conuincit, non erubescamus errorem ingenuè fateri, & meliora, si quæ nobis ostenduntur, sequi: cum nec prætor consilium mutantis aspernetur. *l. nonnunquam. ff. de collat. bonorum.* & memores semper simus illius quod Iustinianus Princeps sacratissimus scriptum reliquit: Omnium meminisse & in nullo penitus errare diuinitatis esse potius quàm mortalitatis *l. 2. § siquid*

quid autem in tanta & l.3.§.si quid autem ex multitudine, C. de vet. iur. enun.

Cæterum quoniam videre non possumus, quod rationes iam dicti collegij Lipsiensis tanti momenti sint, vt nos à sententiâ nostrâ debeant detorquere; sed potiùs eo ipso, quod profectò leues sunt, & à facti veritate rectoq; iuris tramite vt plurimùm alienæ, magis confirmamur: dum cogitamus melius quid pro causa Domini Rei adferri non posse. Speramus igitur amplissimum Collegium patienter laturum, si ipsius consilia & sententias ad incudem reuocemus, & amicabiliter placideq;, sine bile & contumelia motiua ipsis inserta examinemus; imò reprehendamus. Nam, vt *Torquatus apud M. Tul.* ait, neque disputari sine reprehensione, nec cum iracundia aut pertinacia rectè disputari potest.

Læsi quidẽ sumus venali calamo Causidici illius qui Parti aduersæ patrocinium præstat, & foco iamiam languenti ignes frustrà subiicit: sed non est, vt expectet Causidicus, nos pro conuiciis suis conuitia ei reddituros; quamuis enim, si in hac palæstra cum ipso congrediendũ esset, nec materia nec verba nobis defutura essent, tamẽ illa prætermittemus; tùm quod viros graues huiusmodi aniles rixæ non deceant: tùm etiam quod ipse scit, aut ex sua profes-
3 sione scire debet, in iudiciis ratione non probris certandum esse, per textum ab eo non bene obseruatum *in l. quisquis, C. de postuland.*

Rem ipsam aggrediendo, & primam quæstionem, quæ de causa possessionis est, primò tractando, sustinuimus hucusq; circa hanc quæstionem duo. Vnum, si iuris via processum fuisset, quod onera actoris portasset Dominus de Rechenberg, & si immissionem in bona controuersa *ex l. vlt. C. de Edict. D. Hadr. toll.* voluisset habere, iuris ordine seruato eam petere debuisset, quem tamen Dominus Baro vicisset, non solùm quod testamentum, cui innititur Rechenbergus vitia visibilia contineat, verũ etiam, & id quidem maximè, quod Dominus Baro in possessione existens pro legitimo contradictore meritò habendus fuisset. Alterum, dùm pro re nata Dominus Baro agere & interdicto retinendæ vnâ cũ euentuali cumulatione interdicti adipiscẽdę experiri debuit, quod & in hoc iudicio victoriam sperare possit, ob rationes & argumenta secundo & tertio nostro responso fusissimè allata.

Collegium Lipsiense primò breui &, vt loquuntur, sicco seu nullis allegatis confirmato responso tres rationes contra hanc nostram sententiam attulit, quas confutauimus *consilio secundo à num. 5. vsq. ad num. 29.* deinde pleno consilio Domino de Rechẽberg subuenit, & octo rationibus decidendi mõstrare voluit, quod in possessorio iudicio debeat victor existere: sed illas rationes iisdem ferè verbis pro rationibus dubitandi posuimus *responso tertio num. 6. vsq. ad num. 11.* & confirmata contraria hoc est nostra sententiâ ad eas sigillatim & facilè (nam & ipsæ erant faciles) respondimus *numer. 53. vsque ad numer. 76.* denique ad instantiam Domini Actoris super omnibus actis, non attentâ demonstratiuâ informatione, sententiam conceperunt, qua vndecim rationibus in vnum quasi cumulum coniectis Dominum Reum præferunt, & ei possessionem, quantum scilicet in se est, adiudicant: quæ rationes iam diluendæ sunt, & quidem breuiter, cùm pleraq; non sint nouę, sed ante hac allatę & à nobis profligatæ. Vtq; ordine commodiori hoc fiat; primùm verba rationum sententiæ insertarum fideliter in latinam linguam translata ponemus: tùm solutiones nostras mox subiungemus.

Itaq; primò aiunt: *clari iuris esse quod nemo alterius bona & possessionem propriâ auctoritate inuadere possit.* Pro resolutione concedimus quod sit iuris clari, neminem posse alienæ rei possessionem sua auctoritate inuadere, siue alius eam possideat, siue vacet
possessio; cùm omnes scire debeant, quod 4
suum non est, ad alios modis omnibus per-
tinere, *l. vlt. & tot. tit. C. vnde vi*, immò & 5
hoc cõcedimus, quod ne proprias quidem res priuatâ auctoritate liceat occupare, si nimirum alius eas detinet, *l. si quis in tantam,
& ibi Dd. C. eod. tit. vnde vi.* quando autẽ res 6
est propria, aut titulum quis ad eam etiam putatiuum habet, & præterea possessio huius rei vacua, propriâ auctoritate si possessionem apprehendat, in ius non delinquit, *l. nemo ambigit, C. de acquir. & retin. poss. Ias. in l. 2. n. 100. cum seq. C. de iur. Emphyth. Ioan. Ferrar.* in

in form. libell. quo petit. hæredit. verb. iniustè occupauit, in prin. Tiber. Decian. consil. 41. num.
7 *36. & seq. Vol. 3. August. Beroi. consil. 102. num. 47. vol. 3.* exemplum nostro proposito aptum in hærede, in quem cum dominium aut iure ipso, aut certè aditâ etiam verbo hæreditate transeat, *l. cum hæredes, in princ. ff. de acquir. vel omit. possess.* possessionem quoque vacuam propriâ & priuatâ auctoritate ingredi potest, *d. l. cum hæredes, in princ. Bart. in l. fin. num. 16. Decius num. 4. Zuchard. n. 107. C. de edict. D. Hadr. toll.* prout eos citat & sequitur *Iacob Menoch. de adipisc. possess. remed. 6. numer. 4.* vbi omnes ita censere autumat, *fusè Achill. Personal. tract. adipisc. possess. n. 8. & numer. 16. & Matth. VVesenbecc. in paratit. ff. Quor. bonor. num. 8. vers. hæc autem remedia,* atque hoc ipsum obtinet non in hære-
8 de directo tantùm, sed fideicommissario certis casibus: quos inter etiam noster casus est, *vt tractauimus respon. 1. numer. 33. & respon. 2. numer. 6. cum aliquot seqq.*

Iam verò ex iis quæ nos superioribus responsis attulimus, & quę Dominus Actor in libello suo & replicis attulit, cuiuis verum amanti constat, quod bona controuersa non sint aliena, sed ex fideicommisso à Proauo instituto ad Coniugem Domini Actoris spectantia: quod possessio eorum tempore apprehensionis vacans fuerit: quod denique in illo casu versemur quo fideicommissum ipso iure transiuit & propriâ auctoritate capi potuit. Non igitur Dominus Baro res alienas, vt nimis audacter assumitur, sed proprias, priuatâ quidem & propriâ, sed permissâ à iure auctoritate ingressus est, & etiam num possessionem earum iustissimè tenet.

Pergunt Domini Lipsienses: *Dominum Baronem ab initio non eo animo in castrum VVarttenberg venisse, quod vellet possidere, sed intentione tantùm atque voluntate inuisendi agrum affinem Ioannem Georgium de Rechenberg: posteà verò licet permanserit in illo castro, & possessionem prætenderit, aliud tamen non allegauit, quàm quod ipsius Coniunx portionem de paternis maternisquè bonis sibi debitam quærat: ad cuius dissolutionem se Dominus de Rechenberg mox obtulit, prout alias etiam Domino Baroni incubuisset, portionem hanc competentibus iuris remediis postulare.*

Sunt huius secundæ argumentationis tria membra, ad quæ sigillatim ita respondemus; circa primum concedimus Baronem ab initio in castrum Warttenberg non possidendi animo, sed familiaritatis iure uenisse, atque adeò non possedisse, *l. qui iure. ff. de acquir. vel omittend. possess.* verùm quam primum affinis Ioannes Georgius vitam cum morte commutauit, ipse Baro etiam mentem mutauit, sequè, quod insistat possidendi animo, mox declarauit; id quod & acta clarissimè demonstrant, & iure potuisse fieri superioribus responsis tàm sæpè probauimus, & inculcauimus, vt pigeat verbum addere, & mirari contingat, quod in re tam apertâ alii de industria velint cœcutire. Nam quem potest
9 latere, quod is qui fundum familiaritatis iure ingressus est, vel inhabitat, ex causa extrinsecus superueniente (verbi gratia si consanguineus decessit) causam ingressus vel habitationis mutare possit, & veram possessionem nancisci? ita vt non tàm mutata possessio dicatur, quam de nouo, absque interuentu vlterioris traditionis aut apprehensionis, acquisita, *per text. in §. interdum etiam, I. de rer. diuis. l. qua ratione §. Interdum, ff. de acquir. rer. domin. l. quadam mulier, ff. de rei vindicat. l. si sponsalibus §. si mulier, ff. de iur. dot.* præclarè *Ioan. Cephal. cons. 4. num. 37. cum seqq. vol. 1.* nemo, ait, ius possessionis sibi potest mutare, nisi causa mutationis exsistat, & in nostris terminis *Modest. Pistor. cons. 40 num. 36. cum seqq. vol. 1.* respondeo, inquit, Henningum (& hic Dominum Baronē) non tam mutasse sibi causam possessionis, quam ante traditionem clauium nunquam habuit, sed relicto iure familiaritatis, quo primum ingressus est, cępisse eam possidere.

Quod secundū membrum attinet, Dominum Baronē videlicet post mortē possessoris castri VVarttenberg aliorumq́; bonorum hodie contrauersorum alium titulū suæ possessioni non prætendisse, als daß sein Gemahlin auß dem Hauß Warttenberg jhrer Vätterlichen vnd Mütterlichen Zuständt vnd Angefälle zufordern/ euidentem solutionem habet; nimirum inciuiliter hæc scribi: *arg. l. inciuile est. ff. de ll.* cùm Dominus Baro in protestatione sua, libello *sub lit. D.* & ex-

& exceptionibus *sub lit. O. n. 7.* adiuncta, tria
alleget, quorum primũ & vltimum Domi-
ni Lipsienses in sententia sua adducunt; se-
cundum autem, vtpote ad eorum rhom-
bum non faciens, omittunt: quo disertè ha-
betur, quod Dominus Baro Vxoris nomine
possessorẽ se declaret etiã propterea, quod
Vxor sit defũcti soror, adeoq; proxima cõ-
sanguinea, cui proinde possessio bonorum
per mortẽ fratris vacua effecta debeatur. Ex
qua declaratione satis superq; constat, Do-
minum Baronẽ non voluisse vti iure reten-
10 tionis duntaxat; sicut illi faciunt, qui se cre-
ditores solũmodo profitentur, & retinẽdo
bona debitoris solutionẽ vrgent, *arg. tex. in
l. per retentionẽ C. de vsur. cum similibus allega-
tis per Matth. Coler. de process. executiu. part.
1. capit. 2. num. 184. cum mult. seqq.* sed quod
voluerit iure hæredis, seu bonorum posses-
soris possidere, & vt verba dictæ declara-
tionis sonant, weiln post mortem defuncti
fratris vacua possessio gewesen / ist sie
(Coniunx) aldar nebens mir (cum Domi-
no Barone) verbliben / vnnd hat sich deß
possess an den Ehegenanten Gütern wegen be-
rierter Rechten (ob tres causas seu titulos al-
legatos) vnterzogen vnd angemast / qua sanè
11 declaratione nihil apertius esse potuit, &
iure sufficiens fuit; cùm in iis quæ in ani-
mo consistunt (vt hic intentio possidendi)
stetur dicto se declarantis *l. & si quis impe-
diat, §. pleriq; filij, ff. de relig. & sumpt. fun.
tradit Panorm. in c. cum M. Ferrariensis, num.
15. vers. circa primũ distinguit, vbi & cæteri Ca-
nonistæ ext. de constitut. & ciuilistæ in l. non so-
lum, §. morte ff. de oper. nou. nunciat. apud Reg-
ner. Sixtin. consil. Marpurg. 10. numer. 104.
vol. 2.*

Neque mouemur, quod Dominus
Baro in præfatâ protestatione seu declara-
tione scripserit successionem Coniugi de-
beri ex testamento paterno & statutis pro-
uinciæ: iam verò testamento proauito &
fideicommisso ei inserto totus nitatur;
quia respondendum est, titulum non re-
quiri ad substantiam possessionis, quia
apprehendere eam quis potest, etiamsi
nullum omnino titulum habeat, nec ve-
rum nec putatiuum; sed requiritur titu-
12 lus ad iustitiam possessionis, & qui erro-
re facti ductus allegat titulum quantum-
uis erroneum, putatiuum, aut aliâs inu-
tilem pro bonæ fidei possessore in iure ha-
betur, id quod ex materia præscriptionum
est notum & vulgatum, *videantur post alios
Fernand. Vasq. illust. controu. lib. 2. cap. 69. num.
5. & seq. & Ludouic. Molin. tractat. 2. de iust.
& iur. disput. 64. in princ.* Hinc licet Domi-
nus Baro quoad vniuersalem possessionem
rerum à defuncto affine relictarum ab ini-
tio errore facti, & ob suppressum ab aduer-
sa parte testamentum proauitum, alios, &
fortè tales titulos allegarit, quibus tutò in-
hærere iam non potest; hæc allegatio ta-
men ei in tantum non nocuit, vt proinde
possessor, & quidem bonæ fidei possessor,
effectus non sit, cùm, vt scripsimus, extra
substantiam possessionis sit titulus, quæ
13 substantia in corporali insistentia & animo
rem sibi habendi solummodò consistit, *l. 3.
§. 1. iuncto § 5. ibi, quoniam in summa possessionis
non multum interest, iustè quis an iniustè possi-
deat. ff. de acquir. vel omitt. possess. facit. l. quod
vxor, eod. l. pro hærede, cum ll. seqq. ff. de hæredit.
petit. cum similibus, per quas ita sentiunt Iacob.
Cuiac. in l. 1. ff. pro donat. Herman. Vult lib. 1. di-
cept. scholastic. c. 20. & Ant. Fab. lib. 4. coniect.
iur. c. 17.* Porrò tunc temporis quando Do-
minus Baro protestationem sæpe dictam
iudici insinuauit, nullum habuit opponen-
tem, nec vlla fuit quæstio de iustitia posses-
sionis, sed intentio ipsius, duntaxat fuit ma-
nifestare & declarare mentem suam, quod
nimirum possessionem apprehenderit.
Vnde etsi nullam causam aut titulum ap-
prehensæ possessionis allegasset, sed gene-
ratim tantum, quod pro suo possideat,
finem tamen suum de manifestata posses-
sione consecutus fuisset, *præclarè post Bald.
Bartol. Salicet, Castrens. & Dd. communiter
14 Ioan. Sich. in rub. C. qui admitt. num. 28. & 29.*
vbi docet; tametsi bonorum possessor
mentem suam iudici aperire debeat pro-
pter dispositionem *l. vlt. C. qui admitt.* ne-
cessum tamen non esse, vt etiam causam
siue edicti caput addat, ex quo succedere
velit, sed sufficere generalem declara-
tionem, quod bonorum possessionem
agnouerit. Et sic si expressio causæ neces-
saria non fuit, sanè etsi superfluè aliqua
scripturæ protestationis irrepsit, cui Do-
minus Baro non omninò vtiliter inhæ-

rere potest, scripturam tamen nõ viciauit, *l. non solent ff. de regul. iur.* nec vtilis declaratio per inutilem causæ adiectionem sublata fuit, *l. 1. §. si mihi Pamphilum, ff. de verb. obligat. leg. vsuras, & l. placuit, ff. de vsur. l. peculiis, §. Labeo, ff. de aur. & arg. legat. l. testamentum, Cod. de testamentis, l. Sancimus, Cod. de donat.*

Ad hæc ex facto & actis apparet, quod Dominus Baro, quam primum habere potuit proauitum testamentum, statim, & quidem satis tempestiuè illud produxit, titulum fideicommissi in eo fundatum allegauit, & ad probandum ex continenti sese obtulit. Iam verò iuris est: quod causa possessionis etiam vitiosa purgetur per
16 superuenientiam iusti tituli: siquidem ius de nouo superueniens priorem rei statum alterat, & verum ius tribuit, *l. si rem alienam, & ibi Glos. verb. idcircò, ff. de pignor. actione. l. si mandauero tibi vt à Titio, vbi Gl. & Dd. ff. mandat. l. quæsitum est, ff. de pecul. l. si hæreditatem, l. item videndum, & l. si quo tempore. ff. de hæredit. petit. Bart. in l. & an eadem,*
17 *num. 19. ff. de except. rei iudic.* quod maximè obtinet, quando ius illud, quod superuenit, est ex causa de præterito, & retrotrahitur: item quando substantia actus præcedit litis contestationem, per ea quæ fusissimè tractant *Ant. Gabr. communi. conclus. lib. 2. tit. de iudic. concl. 2. per tot. & Ludolph. Schrad. in tractat. feudal. part. 10. sect. 13. numer. 77. cum aliquot seqq.* Quæ omnia hîc concurrunt, quia ius superueniens est ex titulo fideicommissi ante 60. propemodum annos instituti: retrotrahendum quoque hoc ius fuit ad momentum illud, quo Ioannes Georgius de Rechẽberg obiit, cum illo momento fideicommissi ius ipso iure transierit in Helenam vocatam, *l. sancimus §. cum autem, C. de fideicom.* & denique non solùm substantia actus, hoc est, realis possessionis acquisitio, quæ in corpore & animo consistit, verum etiam ipsummet ius superueniens, seu titulus fideicommissi litis ingressum, ne dicamus contestationem antecessit. Fit igitur vt titulus ex fideicommisso allegatus perinde haberi debeat, ac si ipso momento acquisitæ possessionis allegatus fuisset, vti præter citatos tenent *Iason. in §. omnium, numer. 67. & seqq. I. de action. per text. in C. Abbate sanè, de sent. & re iudic. lib. 6. Gabr. Mudæ. eod. tit. de action. in princ. numer. 57. cum seq. Nicol. Boër. decis. 89. numer. 3. Pet. Costal. d. leg. quæsitum est. ff. de pecul. Alexandr. consil. 177. numer. 20. vol. 2. & consil 150. num. 30. vol. 5. & plene notant in l. non potest, ff. de iudic.*

Tertium membrum secundæ rationis quod Dominus de Rechenberg se obtulerit ad satisfactionem, & quod incubuerit Domino Baroni competentibus iuris remediis contra ipsum experiri, nullius prorsus momenti est, quia, vt vidimus, Dominus Baro non vt creditor in possessionem venit, quasi vellet iure retentionis vti, aut aliter in castro Warttenberg commorari, donec sibi de credito satisfiat; qua specie ipsi sanè incubuisset à Domino de Rechenberg, vel alio successore, in quem iura passiua transiissent, *l. hæredem, & l. hæreditas, cum similibus ff. de reg. iur.* actionibus id, quod deberi sibi putabat, per iudicem petere, & non sibi in casu dilatæ aut denegatæ solutionis ius dicere, *l. extat. ff. quod met. causa, l. creditores, ff. ad l. iul. de vi priuat. l. si quis in tantam, C. vnde vi,* sed possessionem ingressus est vt vniuersalis successor: non igitur necessum aut consultum fuit à Rechenbergo precibus aut actionibus extorquere, quod sua & quidem à iure permissa auctoritate, tanquam iuris successor, iam ante per ingressum acquisierat.

Tertiò adducitur: *Dominum Baronem tunc temporis quando declarationem suam iudici transmisit nondum habuisse testamentum proauitum, multò minus producere potuisse; sed post aliquot septimanas demùm, quando Dominus de Rechenberg immissionis decretum iam obtinuerat, eius copias consecutum esse.*

Respondetur, nos iam ostendisse, quod tempore transmissæ declarationis ad iudicẽ, nõ erat quęstio de iustitia possessionis, vtpote nemine Baroni se opponẽte, *arg. leg. nemo ambigit, C. de acquir. & retinen. possess.* sed tantùm de substantia possessionis, seu apprehensâ possessione, quod factum Dominus Baro per declarationem suam volebat manifestare. Vnde etsi tunc temporis titulum fideicommissi in

specie

specie non allegauit, satis tamen fuit ipsi testamentum proauitum in genere (hoc enim aduersa pars in actis concedit) aut alios titulos etiam putatiuos allegare, aut omninò omittere, *per supr. dicta*. Item quod huc notanter repetimus specialis tituli ex fideicommisso proauito allegatio, de incontinenti eum probando, satis tempestiua fuit, & possessionem per superuenientiam retrò confirmauit & iustificauit.

Neque obstat, quod decretum immissionis iam erat impetratum, quia præterquam quod decretum hoc Domino Reo possessionem non dedit, eo ipso, quod iudex ex protestatione & declaratione Domini Baronis sciebat, eum iam possidere, & tamen non citauit eum, vt de iure possessionis doceret, decretum fuit nullum & contra formam iuris, vt sæpissimè scripsimus. Et quoniam Dominus Baro ante executionem huius decreti nulliter emanati, cum adhuc in cancellaria (testibus actis) iacebat, iudici suum titulum & ius fideicommissi vnà cum enixis protestationibus de non remittendo iure possidendi insinuauit; partes
18 iudicis fuissent, decretum, seu id quod iussit contrario imperio tollere, vt loquitur I. C. *in l. quod iussit. ff. de re iudic.* & Baronem possidentem cum suis iuribus audire, *sæpe cit. l. vlt. §. sin autem aliquis contradict. C. de edict. D. Hadr. toll.*

Quartò inferendo ex prioribus scribunt: *possessionem Domini de Sprinzenstein, cùm propriâ auctoritate eam ingressus sit, nec ab initio iustam fuisse: nec ex post facto per allegationem tituli ex testamento proauito iustificatam; præsertim cùm fideicommissum illud altiorem indaginem postulabat.*

Respondemus breuiter, ex falsis præmissis non posse bonam extrui illationem aut consequentiam, seu, quod idem est,
19 destructo antecedente & consequens destrui necessum esse, *Glos. in c. penult. verb. mundus, distinctione 43. Bald. in l. 1. opposit. 5. Cod. de fideicommiss. & in l. 1. C. de iur. aur. annulor. Nicol. de Vbald. in tractat. success. ab intest. in 7. colum. quos allegat & sequitur Nicol. Euerh. Præs. loc. à destruct. antec. ad destruct. conseq.* ostendimus autem ad primam rationem, Baronem de Sprinzenstein potuisse propriâ auctoritate ingredi possessionem fideicommissi proauiti: & ad secundam, superuenientiam huius tituli satis tempestiuam eam etiam retrò confirmasse: sit igitur vt illationem ex aduerso factam inuertamus, hoc modo: Dominus Baro propriâ auctoritate possessionem occupare potuit, & confirmata atque iustificata retrò fuit per titulum fideicommissi, ergò & ab initio iusta extitit, & progressu temporis maiorem iustitiam accepit.

Quod subiiciunt, fideicommissum altiorem indaginem postulasse, frustrà subiiciunt; quia scriptura testamenti in promptu erat, & verba luce meridiana clariora; probatio autem quæ fit per instrumenta clarè loquentia dicitur fieri in continenti,
20 *Hartman. Pistor. lib. 4. quæst. iur. c. 10. num. 19. Andr. Tiraquell. de retract. consanguineor. tit. 1. §. 2. Glos. 1. num. 21. cum seqq. Ioan. Cephal. cons. 4. numer. 19. cum seqq. vol. 1. & alij quos citauimus resp. 2. num. 4.* & quamuis iam arguentur, peregrinamque interpretationem verbis illis affingere velint, Domino tamen
21 Actori nocere nõ potest, quia simplex partis assertio, & sinistra interpretatio rem, de qua ex instrumentis liquidò constat, dubiam reddere non potest, sed nihilominus instrumentis, quæ rem notoriam reddunt, standum est, *c. sup. eo, vbi Abb. extra de testib. cogend. idem Abb. in c. tua, de cohabit. cleric. Bald. in auth. adhac, numer. 7. Cod. de vsur. Felin. in c. si clericus, de foro competent. Aym. Crauett. consil. 55. numer. 3. volum. 1. cum aliis citatis ab Hartman. Pistor. d. quæst. 10. num.
22 20.* quin etsi contra instrumenta opponerentur quædam, vnde disceptandum de iure esset, non propterea mox altiorem indaginem res requirere videretur. Nam cum ius per se certum sit, *l. ornamentorum, ff. de aur. & argen. legat.* non quælibet iuris quæstio hoc efficit, vt propterea res dicatur altiorem requirere indaginem, sed illa tantum, quæ ob rationum & opinionum inuicem pugnantium conflictum, & facti qualitates non satis exploratas difficilem habet diiudicationem: at quando iuris disceptatio, licet in se videatur dubia & difficilis, tamen

apertis & visis libris facilè determinari potest, tum de illa semper dicitur constare in continenti, & propterea minimè differri, sed à iudice, quid ea in re iustum & rectum sit, mox definiri debet, *Iacob. Menoch. adhuc magis generaliter loquens in tract. de arbitrar. iudic. lib. 1. cas. 53. numer. 3. 4. & seqq. Cephal. dict. consil. 4. numer. 24. M. Ant. Natt. consil. 502. numer. 10. vol. 3. & plures alii apud eundem Pistor. d. quaest. 21.* Nos autem ad rationem decimam secundae partis huius confutationis ostendemus, quod nuper inuenta interpretatio verborum in testamento Georgij de Rechenberg Sie seyen Männliches oder Weibliches Geschlechts / sit omninò calumniosa, & ex iure certo minimeque dubitabili aut difficili reiicienda; vt hinc non possit efficere, vt fideicommissum dici debeat altioris indaginis.

Quibus adde, quod tempore illo quo decretum immissionis à Melchiore Rechenbergo apud iudicem quaesitum fuit, Dominus Baro omninò non citatus vel auditus sit, quomodo igitur tunc temporis sciri potuit, an ius fideicommissi, quod Baro allegabat, altioris sit indaginis an euidens & ex continenti deducibile? Quod si hoc dictum de altiori indagine ad modernum processum, vbi litigantes in possessorio retinendae potissimùm versantur accommodare volunt, videre sanè debent & prouidere, ne culpa ipsos redarguat: Dominus de Rechenberg colorem putatiuae suae possessioni superinducit ex inuestituris, priuilegiis, pactis, fideicommissis, etsi qui sunt alii huius farinae tituli, tàm obscuris & tàm altae immò frustraneae (cum nullus eorum in puncto iuris constet) indaginis, vt si cum titulo ex fideicommisso proauito descendente, quo Dominus Baro possessionem suam iustificat, conferantur, meritò dicas hìc diē, illic noctem esse: adeoq; cum pari iure ambo litigantes vti deceat, non imputandum Domino Baroni, si titulus ipsius aliqualem cauillationem aut sinistram interpretationem patiatur, cum aduersae partis tituli obscuritate ipsa sint obscuriores.

Quinto arguunt: *protestationem & contradictionē Domini Baronis non potuisse ei dare iustam possessionem, atq; adeo eum legitimum contradictorem non fuisse.*

Intelligunt, vt opinamur, illam protestationem de qua supra circa secundam rationē egimus, & quam Dominus Baro statim post mortem vltimi possessoris rerum fideicommisso subiectarum, 3. Febr. Anno 1610. iudici transmisit. Et Deum immortalem quid hoc argumenti est? quis vnquam dixit quod protestatio illa possessionem Baroni dederit? Hoc & Dominus Baro in actis & nos in nostris responsis contendimus, quod protestatio iam dicta fuerit propalatio vnius substantialis circa possessionem ante acquisitā, & quod per eam substantiale hoc probetur. Nam etiam tyronibus iuris notum est, possessionem acquiri corporis & animi ministerio, *l. 3. §. 1. ff. de acquir. vel omitt. poss. l. quemadmodum eod. tit.* corporale factum insistentiae & occupationis fuit penes Dominum Baronem, idque ocularis inspectio euidenter demonstrauit: animum quoque non solùm ipso facto tacitè, sed etiam per denunciationem ad iudicem expressè declarauit. Quocirca licet protestatio illa seu denunciatio Domino Baroni possessionem, quam ipso apprehensionis seu occupationis momento iam nactus erat, non dederit, (hoc enim libenter concedimus) tamen animum suum de apprehensa possessione per eā declarauit; ad effectum, vt iudici & cunctis inuasoribus innotesceret, possessionem illorū bonorum non amplius vacuam esse, sed praeoccupatam, & propterea absq; via iuris cōtra possessorem nihil tentari posse, *vt olim ex Saliceti & Peregrini Sententia notanter scripsimus, respons. 2. num. 22.*

His annectunt, Dominū Baronem legitimum contradictorē non fuisse: sed refutauimus ista *resp. 1. num. 24. cum aliquot seqq. item respons. 2. num. 1. cum seqq.* ad quae loca lectorem remittimus.

Sextò pro possessione Rechēbergi adducunt: *eum possessionem castri VVarttenberg non solum mente & cogitatione, sed reipsa sine corpore suo apprehendisse.*

Respondemus, acta & cōfessiones Domini de Rechēberg ꝓprias euincere, quod ante publicationē testamenti Ioannis Georgij nuper defuncti: ante transactionē cū vidua:

Vidua: & ante immissionem per iudicem decretam ne tentârit quidem apprehendere. E contrario Dominus de Sprinzenstein ipsis sex septimanis in reali & palàm declaratâ possessione fuit, animoq; sibi habendi castro Warttenberg cum Coniuge & omni familia institit. Et quoniam iste Dominus de Sprinzenstein propter conatum Rechẽbergi à Dominis Lipsiensibus hic allegatũ, possessione sua se priuari passus non est, sed adhuc hodie corpore animoq; possidet: itẽ quoniam contra naturam est, vt duo eandẽ rem in solidum possideant, *l. possideri, §. ex contrario. ff. de acquir. vel amitt. poss. l. duo in solidum. ff. de precario l. sicut certo §. fin. ff. comod. c. licet causam, & ibi Glos. in verb. eodem modo ff. de probation. Did. Couar. in cap. malæ fidei, part. 2. in princ. num. 2. de reg. iur. lib. 6.* consequitur quod conatus iste possessionem Domino Reo non dederit, sed quod facto hoc, & temerario ausu Dominus Reus antiquiorem possessorẽ in sua possessione legitimè quæsita illegitimè turbauerit, quam turbationem huius possessorij iudicij & litis æquus iudex sine dubio mox emendabit.
23 Quippe cum in iure certum sit, si aliquis possidet, & alius possessionem affectans ingrediendo eum resistentem non expellit, quod prior ille possessionem suam retineat, & posterior de possessione nihil acquirat, cùm, vt iam dictum, duo possidere non possint simul & semel, *l. quod meo, §. fin. ff. de acquir. vel. amitt. poss. vbi Zas. numer. 3. vers. vnde distinguendum est, l. si id quod, § fin. l. clam possidere, §. qui ad nundinas, cum l. seq. eod. de acquir. vel amitt. possess.* & nos declaraui-
24 mus latius *respon. 2. num. 23. & 24.* Certum itidem est, quod interdicto vti possidetis affectans atq; adeò turbans possessionem antiquiorem coërceatur, & vt à turbando desistat ei iniungatur, *tex. insignis in l. 1. §. est igitur. & in l. si duo, §. item videamus si auctor, ff. vti possidet.* notat post complures alios *Iacob. Menoch. de retin. poss. remed. 3. num 490.* turbat, inquit, qui intrat possessionem rei meæ, tanquã rem suam, me inuito; & ampliando *ex Rebuff.* subiungit, hoc maximè procedere, si post prohibitionem possessoris (vt in casu præsenti post tàm enixas protestationes & resistentiam Domini Baro-
25 nis) quis ingrediatur: nam tunc etiam iniuriarum tenetur, *l. iniuriarum in fin. ff. de iniur. glos. in l. Diuus. ff. de seruitut. rustic. præd.*

Imò etsi daremus, quod Dñs Baro per attentata Dñi Rechenbergi transigendo clàm cũ vidua, & se in possessionem inuito & reluctante Barone intrudendo, detrimẽtum aliquod aut vim passus sit in possessione sua; pertinebit tamen hoc totũ ad pos-
26 sessionem naturalem solùmodò, eandemq; clandestinam aut violentam, quam Prætor suo edicto, vbi de interdicto vti possidetis edicit, nõ attendit, *per tex. express. in l. 1. princ.*
27 *ff. vti possidet.* ciuilem autẽ possessionẽ, quæ animo retinetur, *l. possideri, §. in amittenda, ff. de acquir. vel amitt. poss. l. si id quod, §. fin. eod. l. licet, C. eod. Ioan. Borcholt. de acquir. vel amitt. poss. c. 7. Aym. Crauett. cons. 508. num. 5. & cons. 846. num. 10.* ex animo Dominum Baronem
28 nõ dimisisse, totus hic processus satis superque demonstrat, & ciuilem possessionẽ, immò, vt loquuntur, ciuilissimã in interdicto vti possidetis attẽdi & sufficere, vno omniũ ore & consensu receptum est, *Glos. in l. 1. §. vlt. & ibi Bart. num. 2. ff. vti possidet. Bald. in l. si de proprietate, numer. 15. in fin. C. si à non compet. iudic. Matth. VVesenbecc. in paratit. n. 15. ff. vti possidet. practic. Ferr. in form. libell. pro turbat. possess. tit. 46. gl. 4. num. 3. post omnes Menoch. remed. 3. retin. poss. num. 22. & seq. & n. 35.* quod & nos olim notauimus *resp. 2. num. 28.* vbi *n. 29. ex Menoch. Peregrin. & communi* subiunxi-
29 mus, hac specie remedium hoc retinendæ habere vim restitutorij, propterea quod nemo in sua ciuili possessione possit esse tutus & quietus nisi ipsi restituatur etiam possessio naturalis.

Septimò blandiuntur sibi Domini Lipsienses: *Rechenbergum speciali iudicis superioris decreto præcedente 18. Martij Anno 1610. per iudicem inferiorem in possessionem missum fuisse, & à subditis homagium siue fidelitatem accepisse.*

Verùm mirari subinde contingit, quod motiua tàm protrita & sæpius refutata in medium adhuc adferre & in lite grauissima pro rationibus decidendi assumere placeat. Decretum hoc, & subsequens executio decreti, non citato non audito possessore cum iuribus suis expracticata fuêre; ergò quid-
30 quid actũ, iniustè, præposterè, fulminanter & præcipitanter actum: nec vllam sibi inde

inde Rechébergus, vtpote merus turbator conficere potuit possessionem; ita ex receptissima & verissima Dd. sententia cóprobauimus *resp. 1 numer. 35. & seq. resp. 2. num. 16. vsque ad numer. 29. resp. 3. numer. 53.* quibus adde insignem obseruationem viri in praxi laudatissimi *Andr. Gail. lib. 2 obser. 74. per tot.* vbi in fine ait, se meminisse, quod in Camera Imperij & in Consistorio Imperatoris aliquoties huiusmodi decreta, & quæ ea secuta sunt, reuocata & omnia in suum statum restituta fuerint.

Et quod maximè hîc obseruandum est, decretum & missio iudicialis, per decreta subsequétia (testibus actis) hactenus declarata & modificata fuêre, vt nemini præiudi-
31 cium generare debeāt; atqui vbi missio fit, vel declaratur, cū clausula, *saluo iure legitimi possessoris*, aut cum clausula, *saluo iure quarūlibet personarum*, constat intentionem iudicis esse, nolle in iure suo alicui præiudicium inferre; vnde ea clausula rem integrā constituit, ita vt alteri non sit illatum præiudicium, nec in possessorio, nec in petitorio, & missionem conditionalem facit, nisi alius possideat, *vt post Bald. inquit M. Ant. Pereg. tract. de fideicom. art. 47. num. 36. vers. & indubitanter.*

Octauo ratiocinantur: *decretum immissionis & eius executionem propterea iustam fuisse, quandoquidem Melchior de Rechenberg agnati sui Ioannis Georgij testamentum iustum & legitimum, vtpote apud acta confectum, coram iudice competente produxit, quo testamento hæres institutus fuit.*

32 Respondemus primò, regulam esse quod hæres scriptus beneficio *l. vlt. C. de edict. D. Hadr. toll.* in possessioné rerum hæreditariarum mittendus sit: sed hæc regula officium suum perdit duobus maximè casibus. Si testamentū continet vnum aut plura visibilia vitia; & si alius præoccupauit possessionem, seq; contradictorem legitimū asseuerat, & probat. Vterq; casus fallentialis in præsenti causa incidit, vt *resp. 1. num. 13. & num. 24. idem resp. 2. n. 1. cum aliquot seqq.* vidimus, ergò quandoquidem hoc casu non versamur in hac regula, sed in exceptione à regula, decretum immissionis, quod emanauit contra ius, iustum esse non potuit. Et cum vnus ex præfatis casibus sufficiat ad impediendam hæredis scripti immissionem, etsi poneremus cum Dominis Lipsiensibus testamentum, vtpote apud acta erectum, *iuxta l. omnium C. de testam.* vitiosū nō esse (quod tamé *iam citatis locis vt & resp. 3. n. 192.* refutauimus) adhuc immissio iusta esse nō posset, ꝓpter ius legitimi contradictoris, & propter non seruatam formam constitutione Iustiniani præscriptam *in l. vlt. vers. sin autem aliquis contradictor, C. de edict. D. Had. toll.*

33 Deinde respōdemus, posito adhuc, testamentum à Rechenbergo productum nō habere vitium quod in oculos incurrat: posito etiam, Dominum Baronem ob vitium possessionis non fuisse legitimū contradictorem, nihilominus decretum sæpe dictum defendi non posset: quippe cū Dominus Baro, vt paullò ante notauimus, nec citatus nec auditus fuerit, & tamen etiam iniustus possessor (fur & prædo) citandus sit & cum suis defensionibus audiendus, antequā expossessione eiiciatur, *c. in lit. ibi,* quia prædo etiam est secundū rigorem iuris restituēdus, *ext. de restit. spoliator. c. licet Episc. de prabend. lib. 6. l. iusta enim, ff. vti possidet. l. colonus, & l. cum fundum ff. de vi & vi armata, Dd. apud Menoch. de recup. poss. remed. 1. num. 111. & apud Zuchard. in l. fin. numer. 372. C. de edict. D. Hadr. toll.*

Sequitur nona ratio: *quod vltra productum testamentum Dominus de Rechenberg se ad antiquas inuestituras, & familiæ priuilegium retulerit.*

Pertinét ista ad titulos seu colores quos Rechébergus putatiuę suæ possessioni prętendit: eaq; superioribus responsis laté discussimus, & sustinuimus titulos istos nullarum viriū esse, titulumq; Domini Baronis vnâ cū antiquiore possessione meritò præferri debere: nec grauabimur infra vbi ad punctum petitorij venerimus, adiicere quædam, quæ pro re nata & pro defensione æquissimæ causæ fore necessaria existimauerimus.

Progrediuntur decimò *Dominum de Rechenberg primo cum Vidua defuncti vltimi possessoris, quæ adhuc in castro VVarttenberg commorabatur; posteà verò quam cum ipsa transegit, per se solùm ibi mansisse & pro vero possessore se ostentasse.*

Responsio quoad Dominum de Rechenberg ex dictis ad rationé sextam patet, qua

qua probauimus Rechenbergum, vtpote de iuniore possessione sibi blandientem, possessorem non esse, sed turbatorem; nec mirum quod se possessorem iactauerit, & pro tali se gesserit & adhuc gerat, quia turbator idem facit, quod possessor, & iidem actus turbationẽ probant qui possessionẽ: sola hæc & notabilis inter eos nota est, quoad prioritatem & posterioritatẽ temporis.
34 Nam prior rem animo possidendi apprehendens est possessor: posterior qui occupatâ iam possessione idem attentat, est turbator, quemadmodum hanc materiam latè tractat *Rebuff. in comment. ad constit. regias Galliæ tom. 3. tit. de remed. possess. glos. 2. art. 1. & ex eo Menoch. in tract. de retinend. poss. remed. 3. num. 467. cum multis seqq. & Ioseph. Mascard. de probation. concl. 1397 per tot.* etiamsi auctoritate iudicis non rectè interpositâ tale quid tentat, *l. meminerint C. vnde vi, Menoch. d. remed. num. 174. Masc. d. concl. 1397. num. 24. & 42.*
35 & nos in superioribus sæpissimè inculcauimus. Vel certè si posterior iste inscio aut inuito antiquiore possessore aliquam possessionẽ nanciscitur, est ea vel clandestina vel violenta, quæ in interdicto, vti possidetis, *ad victoriam* non prodest, vt vel ex ipso *Prætoris* edicto apparet exprèsse posito *in l. 1. ff. vti possidet.* & explicans edictũ Vlpianus *in eadem l. 1. §. fin.* subiicit: quod ait Prætor interdicto, nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero possidetis; hoc eo pertinet: vt si quis possidet vi, aut clam, aut precariò, si quidem ab alio, prosit ei possessio: si verò ab aduersario suo (qui casus huc pertineret, si Dominus Baro de naturali possessione aliquid amisisset; quod tamen, testibus actis, & oculari inspectione, factum non est) non deberet eũ propter hoc, quod ab eo possidet, vincere: has enim possessiones non debere proficere palam est: Hæc Vlpianus, & scripsimus nos quoque supra ad dictam rationem sextam.

Quod obscurè de Vidua insinuant, eam in castro Warttenberg fuisse, seye noch auff dem Hauß Warttenberg gewesen/ si hunc habet sensum, quod iure familiaritatis aut etiam retentionis in possessione fuerit, nobis non aduersatur; cum talis tenuta non impediat quo minus apprehendere possessionem queat hæres, aut suis casibus fideicommissarius, *vt vidimus resp. 2. num. 35.* sin verò ita intelligere velint quod Vidua verè possederit, adeoque Dominus Baro in possessionem præoccupatam venire non potuerit, certè accedere eis non possumus. *d. resp. 2. numer. 35. vers. idque eo fortius, & resp. 3. num. 58.*

Vndecimò & vltimò Domino Baroni obiiciunt: *quod ei mediante tractatu regij Iudicis singulis angariis mille tantum daleri per Rechenbergum soluantur.*

Hoc, vt existimamus, in effectu dicere volunt, Rechenbergum fructus percipere, ius subditis dicere, aliaque peragere quæ possessor solet, Baronem autem horum nihil facere, sed mille istis daleris contentum esse debere. Sed respondemus, per-
36 ceptionem fructuum & reliqua omnia possessionis commoda tum demùm veram possessionem arguere, quando nemo alius fuit aut est in fundo, *Bart. in leg. qui vniuersas §. per colonum. ff. de acquir. vel amitt. poss.* ex solutione mercedis, inquit, probatur possessio: & hoc intellige verum, nisi alius possideat, quia tunc non probaretur, quod tu possideres, licet tibi soluatur merces, *idem Bart. in l. quamuis, §. si conductor, numer. 1. eodem titul. Francisc. Balbus in repetit. leg. Celsus, numer. 154. vers. & bene concludo, ff. de vsucapio. Afflict. decis. 325. numer. 1. & 2. & plures alij apud Iacob. Menoch. de retin. possess. remed. 3. numer. 566. vers. declaratur 2. num. 567. vers. declaratur non procedere, item num. 570. vers. declaratur primò.* quibus in locis perpetua regula traditur, quod actus, quos vnus exercet, non probent possessionem, si alius possidet: sed, vt supra commemoratum, actus isti sunt turbatiui non possessorij. Quoniam igitur Dominus Baro ipsis sex septimanis possessor extitit, antequam Rechenbergus se possessioni immisceret; etiamsi iam iste commoda possessionis habere videatur, possessor tamen non est, sed turbator; & propterea præsens actio contra ipsum instituta est, vt nimirum iudicis auctoritate & iussu ab hac aliisq; turbationibus desistat, & Domino Baroni possessionem quietam relinquat, *Bald. in capit. licet causam, numero 30. vers. item vt eleganter, extra. de præscript. vbi post*

Butr.

Butr. affirmat, nouum seu iuniorem, qui se asserit possidere, non dici propriè possidere, & si percipiat fructus, nō ob id fieri possessorem, quia aliud est fructus, aliud possessio, *l. si fur. ff. de usufr. l. Pomp. ff. quib. mod. usufruct. amitt. l. fundi Aebutiani, ff. de us. & usufr. legat. & l. si apes, §. ult. ff. de furt. notat Mascard. de probat. concl. 1200. num. 5. circa fin.*

His accedit, quod tractatus ille, vt nimirum Dominus de Rechenberg commoda possessionis capiat, & Domino Baroni certam pecuniæ summā, quæ medietati commodorum aliqualiter æquipolleat, refundat, factus sit maioris tumultus deuitandi causa, & ne partes ad arma & rixam procedant, *arg. tex. in l. si usufructus, aliàs l. æquissimum ff. de usufr.* sed si inter duos *(ait ibi ad propositum conuenienter ICtus)* fructuarios *(aut duos possessionem prætendentes)* sit controuersia, æquissimum est, quasi communi diuidundo iudicium dari, vel stipulatione inter eos cauere, qualiter fruantur; cur enim ad arma & rixam procedere patiatur Prætor, quos potest iurisdictione sua compo-
18 nere? & initus est tractatus iste, vt acta *in documentis ad libellum lit. A.* testantur, ex parte Domini Baronis in honorem iudicantis, & cum expressa clausula, *saluo iure possidendi*, cuius clausulæ quænam vis & efficacia sit, iam ante declarauimus: vt hinc Dominus de Rechenberg ex nudâ administratione rerum controuersarum, ipsi interim, id est, donec iudicium hoc possessorium finem per sententiam accipiat, concessa, nullam penitus sibi possessionem conficere possit: nec Domino Baroni hoc, in quod saluo iure suo consensit, in sua antiquiore possessione nocere debeat.

Pars II. refutationis.

HIsce rationibus amplissimum Lipsiense collegium sententiam suam in causa possessionis seu iudicio possessorio constabilire volebat. Iam quod petitorium iudicium attinet, altera sua sententia, duodecim rationibus conglobatis, Domini actoris claram causam obscurare quoq; conatur, eumq;, quantum potest scilicet, desperare de victoria iubet. Sed irrito rursus conatu. Quod vt demonstremus apertius, initio quædam præfati Collegij concessa ponemus & acceptabimus: postea verò rationes iam dictas sigillatim & verbotenus adferemus, & mox confutabimus.

Primum igitur quod Domino Actori & nobis Domini Lipsienses concedunt est, quod priuilegium familiæ Rechenbergicæ pacta gentilitia aut fideicommissum, vt vocant, conuentionale non complectatur; ita diserte habet sententia eorum, quam nunc examinamus, & quam Dominus Actor *sub lit. N. num. 3.* & rursus *sub lit. O. num. 1.* nobis exhibuit: addunt rationem, quod de punctis priuilegio insertis familia Rechenbergica non cōuenerit inter se, prout in cōuentionib⁹ omnib⁹ pactisq; fieri amat, *l. 1. §. 1. & §. seq. ff. de pact. §. 1. I. de obligat. cum similibus.* sed quod ex regia concessione per viam priuilegij ad instantiam & humiles preces familiæ memoratæ omnia processerint. Hanc opinionem, & opinionis rationem posuimus, & pro aris focisq; defensauimus *resp. 3. num. 126. cum seqq.* atq; adeò non dissentit in hoc inclytum Lipsiense collegium à nobis: quod an non censuram Patroni, qui causam Dñi Rei defendit, sentiet, dum fulmen (ita namq; in exceptionibus fictitia hęc familię pacta indigitat) ex manibus ipsi detorquet, certè ignoramus: nos sanè sensimus & dissimulamus.

Secundum concessum est, quod etiam testamentū Ioannis de Rechenberg Equitis nullum fideicommissum contineat quoad personam Georgij de Rechenberg hæredis ibidē instituti, & consequenter quod iste Georgius grauatus non fuerit restituere agnationi, aut aliis certis personis, sed portio sua hæreditaria (castrum Warttenberg cum pertinentiis) liberè & sine vinculo fideicommissi ad eum post mortem testatoris deuenerit; neq; enim, subiungunt Domini Lipsienses, ex verbis, neq; ex mente testatoris fideicommissum apparet; & in dubio non præsumitur fideicommissum: ita ipsi *sub. lit. N. num. 6.* & quidē rectissimè, & conuenienter iis, quæ *d. resp. 3. n. 157 cum seqq.* nos scripsimus.

Tetiò concedunt, quod priuilegium familiæ, & priuilegium totius Nobilitatis sibi inuicem non aduersentur, vti videre licet *sub. lit. N. num. 4.* quod item familia Rechenbergica à communi Nobilitatis priuilegio se non exemerit, aut potuerit eximere,

mere, *d. lit. N. numer. 3. & lit. O. numer. 1.*

Hæc sunt quæ nobis conceduntur, & quæ grato animo acceptamus; cum & nos labore aliquo exonerent, & talia sint, vt aduersa pars à contradictione (sit dicto venia) vix possit se extricare; sicuti ex progressu huius responsi manifestum fiet. Nunc ad rationes nobis contrarias, quibus eousque mouentur, vt sibi (non aliis) persuadeant, Baronem de Sprinzenstein fundatum in petitorio non esse.

Prima ratio: *concessio Regis Sigismundi, anno 1508. familiæ Rechenbergicæ facta, est speciale priuilegium, cuius vigore bona huius familiæ ad fœminas non possunt venire, nisi masculis omnibus extinctis.*

Hæc ratio equus Troianus est, ex quo reliquæ omnes prodeunt; vnde eo diligentiùs confutanda. Itaq; prima principalis responsio est; si priuilegium familiæ ita intelligamus, quemadmodum aduersarij intelligere reprobo sensu videntur, nimirum quod circa actum testandi differat à priuilegio communi, vt hoc det liberam testandi facultatem, illud verò limitatam seu talé, qua fœminas ex familia Rechenbergica non liceat ad successionem vocare, donec masculi extant: tunc constanter dicimus, priuilegium quantumuis speciale præcedens cedere debere priuilegio communi & subsequenti. Tùm quod Domini Lipsienses hoc eo ipso concedunt, quod rectissimè dicunt, Rechenbergos ab hoc priuilegio non esse exemptos, immò nec potuisse se eximere: tùm maximè propter ea, quæ tam fusè primo, secundo & potissimum tertio responso *num. 94. vsq. ad num. 107.* côprobauimus, vt actum ageremus, si cum fastidio legentis huc repetere ibi dicta vellemus, ideoq; lectorem veritatis amantem eò ablegamus. 39 Si ergo priuilegium familiæ cedere debet, seu, quod idem est, abrogatum est per Nobilitatis seu commune priuilegiũ, quoad subiectam materiam actus testandi, & hoc priuilegium dat omnino liberam testamenti factionem, efficitur, quod clausula restrictiua priuilegij familiaris (loquendo de intellectu hic quidem supposito, sed mox reprobando) sublata fuerit, & quod Rechenbergi cum masculis, vel etiam exclusis masculis fœminas ex familia, imò prorsus extraneas personas ad successioné vocare potuerint, & hodie possint.

40 Secundò principaliter respondetur, si priuilegium familiæ sano oculo inspicere, & sano suo sensui reddere volumus, vt debemus, tunc à priuilegio communi quoad propositum nostrum nô differt, & consequenter siue abrogatum illud dicamus, siue quod vnâ cum communi adhuc hodie subsistat, perinde erit, & nihil contra nos inferri poterit. Etenim cum priuilegium familię æque liberam det familiæ Rechenbergicæ potestatem bona sua in quoscunq; alienandi & transferendi, atq; dat priuilegium commune vniuersæ nobilitati, vt sibimet ipsi, & cum priuilegio communi constet, necessariò exaudienda est clausula fœminarum suspensiua, in §. doch mit dem Beschaidt / de causa intestati: nimirum si defunctus de bonis suis, vel contractu inter viuos vel vltima voluntate, non disposuit, inq; eos transtulit, in quos ipsi placebat transferre, quod ab intestato fœminæ non debeant succedere, si masculi de familia extant, videatur *respon. 3 num. 131. vsq. ad num. 140.* vbi generalem hanc rationem dedimus, quod lex, statutum, aut consuetudo, (& nostra specie priuilegiũ, quod aliud nihil est, quàm priuata seu priua lex & statutum ad vnam familiã pertinens) quæ ad successionem quospiam vocat, tantum in subsidium eos vocet, nempe si possessor in vita sua nihil disposuit: quod si verò possessor solemni suo elogio expressit, quem sibi velit successorem, tunc causa testati excludit causam intestati, *l. quamdiu, l. in plurium, & l. illud, ff. de acquir. vel. omitt. hæred. l. quamdiu ff. de reg. iur. l. antequam. C. com. de success. Ioan. Schneid. in rubr. tit. Instit. de hæredit. quæ ab intestat. defer. num. 7.* & prouisio hominis facit cessare prouisionem legis, per regulam vulgatam & expressam *in l. fin. vbi glos. verb. contentam, & Dd. C. de pact. conuent. in l. vbi adhuc, C. de iur. dot. in l. cum ex filio, §. filio impuberi. ff. de vulg. & pupil substit. & in l. 3. ff. de pact. dotalib.* in his nostris terminis *Valentin. Forster. in tract. de success. ab intestat. lib. 1. c. 13 n. 3. cũ seqq.* vbi hoc multis iuristextibus egregiè exornat, & generatim *Ias. in §. item Seruiana, numer. 69. & 70. I. de action. & Hieron. Schurpff. cons. 22. num. 1. cent. 1.* 41 Vt ecce,

lex XII. tabular. ait: agnatus proximus familiam habeto, *l. pronũtiatio, §. 1. ff. de verb. signif. Vlpian. in fragment. tit. 26. Mar. Cic. lib. 1. de inuent.* tamen non prohibet, quo minus testator, si vult, possit fœminas aut etiã alias ꝑsonas instituere, *l. verb. legis, ff. eod. de verb. signif. §. 1. l. ad l. Falcid. Vlpian. in fragm. tit. 11.* Iustinianus etiã, *in nou. 118.* totũ ordiné succedendi præscripsit: interim testatores hunc ordiné obseruare nõ tenentur, sed possunt sibi successores eligere quos volunt, *d. l. quãdiu. ff. de reg. iur. iunct. l. 1. C. de SS. Eccles.* Item magis ad ꝓpositum, statutum est, vt fœmina extantibus masculis nõ succedat: possessori tamen testari & fœminã masculo præferre volenti non præiudicat, aut obstat, vti post allegatos *d. resp. 3. num. 137.* fusissimè sentiunt *Hartman. Pistor. lib. 1. q. iur. q. 1. n. 17. Ant. Gabr. lib. 4. commu. concl. tit. de fideicom. concl. 4. nu. 6. Albert. Brun. de statut. fœm. excl. art. 5. n. 36. art. 8. n. 15. & seqq. & art. 10. n. 10. & 20. Mantic. de coniect. vlt. volunt. lib. 11. tit. 14. n. 9. Iacob. Menoch. cons. 206. n. 49. cons. 362. n. 38. cons. 755. n. 13. Ioan. Cephal. cons. 404. n. 22.* & complures alij, quos isti accumulant. Quod si per alios actus discurrere vellemus, infiniti ꝓpemodũ occurrerent, quib⁹ etiamsi lege quid cõstitutũ est, tamẽ volũtati & dispositioni hominis cõstitutio legis cedit, *Forst. d. lib. 1. c. 13. ferè per totũ.*

41 42 43

Ex quibus conficitur, quandoquidé priuilegiũ familiæ ꝙ aliud nihil est, quã, vt notauimus, priuata lex de succedendo disponens, si iuridicè id interpretari volumus, tãtum operatur & disponit circa successiones ab intestato; nos auté versamur in causa testati, vbi proauus fideicõmisso suo ꝓnepté vocauit, ꝙ priuilegiũ hoc familiæ etiã hodierno die durans non infringat voluntaté testantis: quéadmodũ alia statuta, leges, & mores fœminarũ exclusiui testamẽtarias dispositiones nõ infringere iã cõprobauim⁹.

44 Obiicias, per verba sequentia declarari præcedentia, *l. si seruus plurium, §. fin. & l. qui filiabus, §. 1. ff. de legat. 1. & habetur per Bart. in l. si seruus cõmunis ita, n. 4. & Nicol. Euerhard. iun. cons. 4. n. 90 vol. 1. & cons. 25. n. 50. vol. 2.* Atqui licet verum sit, ꝙ sæpè dictum familiæ priuilegium in prioribus verbis liberrimã cõcedat Rechenbergis de bonis suis disponendi & alienandi facultaté, mox tamẽ subiicitur **doch mit dẽ Beschaidt / das solche Güter nicht erst noch ehe/ etc.** ergò generalis illa & libera disponendi facultas, quæ præcessit, restringi debet & declarari per clausulã sequentẽ hoc modo; Rechenbergi liberè de suis rebus disponant, ita tamen (**doch mit dem Beschaidt**) vt masculos semper fœminis præferant; & sic pertinebit ista clausula non tantum ad causam intestati, sed & ad testamẽti factionem, argumento eorum, quæ in materia feudali traduntur, vbi etiã masculi fœminis, & quidé ita præferuntur, vt nec per testamẽta induci aliud possit, *c. 1. in princ. de success. feud. c. 1. §. donare, qualit. olim pot. feud. alien. & vtrobiq; feudist. c. 1. de prohib. feud. alien. per Frideric. Dd. apud Henric. à Rosenthal. in tract. de feud. c. 7. concl. 2. in gl. lit. b.*

45 Verùm respondemus, regulã & axioma certissimũ de interꝓtatione priuilegiorũ & quarũcunq; aliarum dispositionũ vnanimi cõsensu & vsu quotidiano receptũ esse: ꝙ semꝑ interpretatio ita faciẽda sit, ne aliqua cõtradictio subsit, & ne repugnantiã dispositio inuoluat, sed potius vt contrarietas deuitetur, *l. vbi repugnãtia, ff. de reg. iur. l. scriptura, C. de fid instr. c. gratum, ext. de off. & pot. iud. deleg. iunctis iis, quæ vtrobiq; notãt Dd. c. inter dilectos, vers. cæterũ, ext. de fid. instrum.* in cuius specie ipsemet Sũmus Pontifex priuilegiũ prima fronte sibimetipsi cõtrariũ interpretando concordat, *Bart. in l. vlt. §. idem quæsiit n. 4. ff. de condict. indeb.* debes scire, ait, quod verba quæ apponuntur in contractibus debent intelligi, vt repugnantiã non contineant, sed debent adiuuari, vt non cõtineant repugnantiã, si possunt, *Abb. in d. c. gratum, n. 2. ext. de off. & pot. iud. de legat.* vbi dicit, quod statuta & aliæ dispositiones sunt reducẽdæ ad concordiã etiã ꝑ subauditos intellectus, *Philipp. Dec. in l. vbi repugnantia. ff. de reg. iur.* dispositio, inquit, si fieri potest, ita intelligi & interpretari debet, ne contradicat, sequitur latè *Ias. in l. 1. n. 7. ff. ne quis eum, &c. Ful. Pacian. cons. 9. n. 17. & cons. 44. num 9. Ioan. Cephal. cons. 156. num. 23. cons. 566. num. 4. & cons. 760. num. 18. Iacob. Menoch. cons. 311. num. 20. Aym. Crauet. cons. 70. num. 22. & fusius in cons. pro generoso n. 301.* possetq; nullo negotio ostẽdi, hoc perpetuum esse tàm in legibus, statutis, priuilegiis: quàm in testamentis, pactis, contractibus, & omnibus aliis dispositionibus.

At verò si clausula priuilegij de successione masculorum ita acciperetur: quod nullus

nullus locus esset liberæ alienationi per viam contractus aut vltimæ voluntatis, quãdiu masculi in familia Rechenbergica extarent; tunc maxima oriretur contrarietas inter has duas dispositiones: & præcedens clausula priuilegij, qua liberrima facultas alienandi conceditur, per posteriorem, qua successionis ius masculis assignatur, prorsus 48 euerteretur: neq; vnquã posset alienandi potestas exerceri, si masculis ius succedendi semper omniq; casu saluum esse deberet.

Necessũ igitur est, vt posterior hęc clausula de successione masculorũ & exclusione fęminarũ iuri, ob paulò ante dicta, conuenientissimè hac distinctione temperetur, & cum clausula liberam alienationẽ permittente concilietur: nẽpe vt tũ demũ successioni masculorũ & exclusioni fęminarũ iuxta illud priuilegium locus sit, quãdo nulla dispositio per viam contractus aut vltimæ voluntatis facta fuit.

Dicas posse facultatẽ alienãdi circa cõtractus subsistere, non autẽ circa voluntates vltimas, sicq; priuilegiũ etiã conciliabitur; vt nimirũ facultas illa intelligatur de alienatione inter viuos, clausula autẽ sequens fęminas excludat tam à testamentaria quàm legitima successione, *arg. eorũ quæ habentur apud M. Ant. Peregr. de fideicom. art. 40. num. 52.* 46 *cum duob. seqq.* vbi recensetur quorundã opinio, qui putant cõcessa alienãdi potestate nõ censeri concessam hæredis institutionẽ. 49

Respondemus hanc conciliationẽ fore ineptissimã & minimè iuridicam. Quoniã facultas alienãdi & disponẽdi (Gantz mächtig zu thun vnd zu lassen/wie ein freyer Fürst zu Glogaw/etc.) ita ampla est, vt sua proprietate includat tã dispositiones inter viuos quã vltimarũ voluntatũ, *Peregr. iam d. loc. n. 45. ibi,* permissio absoluta continet etiã alienationem ex testamento: *& n. 57.* vbi ex iure & Doctoribus rectè probat, quod clausula ad alienandum, & multò magis clausula ad disponendum (zu thun vnd zu lassen) includat etiã testamentarias dispositiones: opinionem autẽ *num. 52 & 2. seqq.* allegatam vt 47 falsam & erroneam rectè refellit. Et verò cum voluntates vltimæ longè sint liberiores & fauorabiliores quàm contractus, *l. 1 C. de SS. Eccles. l. in testamentis ff. de reg. iur. c. cum dilecti ext. de donat. & vtrobiq; Dd.* cur generali de- 50 suis rebus disponendi & alienandi facultate permissa, eam ad contractus contra vim verborum & fauorem iuris restringeremus? sanè satis inhumanũ foret, *ait Iustin. Imp.* viuos quidem licentiam habere totam suam familiã libertate donare (& hîc totam suam substantiã alienare) morientibus autẽ huiusmodi licentiam adimere, *tit. Instit. de leg. Fus. Can. toll. in fin. & ibi Ioan. Schneid. n. 5. & 6.* subiungens, argumentũ à contractibus ad vltimas voluntates valere affirmatiuè, tanquã à minori ad maius: veluti hoc licet in contractibus, ergò etiam in testamentis, *iunge quæ monuimus resp. 3. n. 131. cũ seqq.* Manet ꝓinde vt priuilegiũ familiare intelligamus congruenter iuri, rationi, & auctoritati Dd. vt dum alienationẽ & dispositionẽ generalẽ permittit, & interim fęminas à successione, extãtibꝰ masculis, excludit, hęc exclusio exaudiatur de casu, quo is, de cuius bonis agitur, aut viuens aut moriens nihil ordinauit aut disposuit.

Atque ex hoc principio destruitur etiã fulmen illud de pactis gentilitiis siue fideicõmisso conuentionali priuilegio (vt falsò sibi persuadent nõnulli) inserto: dato enim (citra veritatis piudiciũ etiã ab ipsis Dominis Lipsiensibꝰ agnitæ & cõcessæ) priuilegiũ continere huiusmodi fideicõmissum, atq; adeò grauatos esse Rechenbergos restituere agnationi, erit tamẽ cõditionale duntaxat, videlicet si possessor fideicõmissi aliud nõ disponat. Nã quotiescunq; testator, aut aliter disponẽs bona subiecit fideicõmisso, & simul etiã alienandi licentiã dedit, tunc fideicommissum illud eo tantũ casu inductũ videtur, quo nulla alienatio per contractũ vel vltimã voluntatẽ à possessore fidecommissi facta est: sicq; censetur fideicõmissum conditionale & hanc tacitã conditionẽ habere: si non secuta fuerit alienatio: vel, ꝙ in idem recidit, censetur remissum fideicommissum, si possessor, antequã decedat, vti in proposito Georgius de Rechenberg, alienationẽ facit, ita docẽt *Interpp. in l. qui Romæ, §. duo fratres ff. de verb. oblig. & in auth. rogatus, C. ad Sc. Trebell. & alij Dd. apud Peregr. d. q. 40. n. 45. cum mult. seqq.* vbi hanc rem ita exornat & probat, vt ei insistere amplius operæ precium non sit.

Nõ obstat, quod supra obiectũ fuit, sequentia declarare præcedentia; tùm quod hæc non ita facilè in illa influant, sed potius

sequentia regulentur & declarentur à præcedentibus, *d. l. si seruus pluriũ §. 1. ff. d. legat. 1. l. qui filiabus, eod. l. vtrum, ff. de hæred. petit. gl. fin. in l. fin. §. cui dulcia. ff. de vin. trit. & ol. leg. Bart. in l. alimenta. ff. de cib. & alim. leg. & in l. quisquis, ff. de legat. 3. Dec. in cons. 425. num. 26. Cacheran. decis. 167. num. 8. Iacob. Menoch. de arbit. iudic. cas. 64. num. 19.* clausula præcedens, inquit, potentior & fortior est, vt sequentia determinet, quàm è contra; notant vt singulare *Ludou. Rom. sing. 665. & Math. Mathesil. sing. 151. Modestin. Pistor. cons. 36. num. 11. vol. 2.* vbi dicit, clausula præcedẽs maioris est efficacię ad determinationem sequentium, quàm sequens ad determinationem præcedentium. Tùm maximè, quod si subest aliqua contrarietas, quæ interpretatione aut distinctione saluari potest, allegatum brocardicum prorsus cesset, nec vnquam sequentia derogent prioribus, *Aym. Crauett. cons. 674. num. 24. & cons. 995. num. 24. vers. 3. respondetur. cum multis similibus citatis per Tiber. Decian. cons. 6. num. 5. vol. 2.* & faciunt ea omnia, quæ de contrariis interpretatione conciliandis iam adduximus.

Non obstat etiam id, quod ex iure feudorum allatum fuit, masculos nimirum illo iure vsq; adeò excludere fęminas, vt ne per testamentum quidem ad feuda vocari queant. Respondetur enim hoc esse verissimum & rationem inde habere, quod feu-

51 dorum alienatio sit prohibita, *tot. tit. de prohib. feud. alienat per Frideric. item tot. tit. de prohibit. feudal. alienat. per Lothar. cum similibus*, ergò etiam testamenti factio est prohibita, *Rosenthal. de feud. d. c. 7. concl. 2. num. 2.* Priuilegium verò familiæ concedit alienationem Rechenbergis: ergò concedit etiam testamenti factionem, *tex. in l. si quis prioris, §. certũ, C. de secund. nupt. & tradit. Peregr. sup. cit. artic. 40. num. 45. & 57.*

Quæ cùm ita sint, quod nimirum clausula fęminarum exclusiua in priuilegio familiæ posita ad successionem ab intestato dũtaxat pertineat; duo corollariè sequuntur. Vnum, quoad contractus inter viuos & testamenti factionem nullam prorsus differentiam esse inter priuilegium familiæ & commune nobilitatis, quia vtrumq; liberrimam dispositionem permittit, id quod etiam supra notauimus: quibus iunge dicta *resp. 3. num. 135. vers. iuuat hunc intellectum.* an autem & quomodo differant quoad successionem ab intestato, non est huius loci dispicere; cum nos in causa testati versemur. Alterum, ex hoc fundamento & germano sensu ruunt. *2. 3. 5. 6. & 7.* rationes Dominorũ Lipsiensium, vt ad eas sigillatim & quã poterimus breuissimè ostendemus: & sic ferè nihil habent, in quo se fundare possint, nisi miseram obseruantiã; quam in responsionibus ad decimam rationem destruemus.

Tertia principalis solutio ad castrum & bona Wartenbergensia pertinet: Nam priuilegium familiæ an. 1508. à Rege Sigismũdo datum est, & quidem ita, vt certa tantũmodo & ibidẽ specificata bona concernat; castrum autẽ & bona Wartenbergensia an. 1516. titulo emptionis non ad familiam totã, sed ad duos fratres Ioannẽ Equitẽ & Nicolaũ sub clausulis allodij & liberrimæ dispositionis peruenerũt: vnde etiamsi aliud nihil esset, quo priuilegium familiæ, quatenus fœminas excludit, eludi posset, saltẽ ista bona ei non essent subiecta: quod quia *resp. 3. n. 91. vers. quartò circa inuestiturã, & n. 139. vers. præterea vt maneamus* latè prosecuti sumus, & etiam quinq; rationibus, quibus cõtrarium monstrare conati sunt Domini Lipsienses in consilio suo, *ibidem n. 142. vers. sed videamus*, satis fecimus, non est, vt ei amplius insistamus.

Vt igitur circa responsiones ad primam & principalem Dominorũ Lipsiensium rationẽ concludamus, & hactenus deducta in compendium redigamus: vel priuilegium familiæ differt à cõmuni priuilegio, quo ad causam testati, vel nõ differt. Si differt (ꝙ tamen salua recta ratione, & saluo Lipsiensium concesso tertio, vbi conuenientiã eorũ asserunt, dici nequit) tunc aut abrogatũ vel potius extensum est per priuilegiũ cõmune; aut etsi consistat (quod & nos negamus & Lipsienses in effectu negant, dum concesso tertio Rechenbergos cõmuni priuilegio subiiciunt) ad castrum & bona Wartenbergensia nõ pertinet. Si non differt, ꝙ sanè verissimũ est, cùm vtrumq; priuilegiũ liberrimã de bonis disponendi & alienandi facultatem concedat, & clausula priuilegij familiaris fœminarum exclusiua ad causam intestati referenda sit, euidentissimè sequitur, priuilegium familiare vel clausulã ipsi insertam Georgio de Rechenberg non obstitisse, quo minus fœminas ad fideicõmissum vocare potuerit, cui nec cõmune priuilegium

uilegium obstitisset. Et hæc sanè talia & tāta sunt, vt non dubitemus, fore vt æquissimus iudex ea in decisione grauissimæ huius litis ob oculos sit habiturus, & visur⁹, q̄, in quascunq; demùm se Dn̄s Reus partes verset, intētioni Dn̄i Actoris familię priuilegiū tanto boatu in contrariū allegatū nō refragetur.

Sequitur nunc secunda ratio Dominorū Lipsiensium: *Rex Ludouic. an. 1529 (vel potius Ferdinandus: quia Ludouici confirmatio de anno 1522. processit) nō tantū confirmauit emptionis cōtractū super castro VVartenberg, sed omnia generatim priuilegia Rechenbergiorum: & per consecutionem etiam familiæ priuilegium.*

Respondetur primò, negando quod Rex Ferdinandus simpliciter oīa priuilegia Rechenbergica cōfirmauerit: sed confirmauit tantū illa oīa, de quibus tunc tēporis agebatur, nēpe priuilegia, quę vnâ cū castro Wartēberg in Ioannē & Nicolaū fratres eosdēq; emptores tempore contract⁹ transiuerunt, id q̄ *resp 3. n. 113. cum seqq.* probauimus; vbi etiā de nouissimis confirmationibus ab Augustissimis Impp. Rudolpho & Matthia, q̄ Dn̄m Reum non iuuent, egimus, ad quem locum nos hîc remittimus: ne quidquā deferentes Dominorū Lipsiensium nudæ & contra medullā confirmationum positæ assertioni, qua astruunt etiā familiæ priuilegium Ludouici & Ferdinandi Regū diplomatis confirmatum esse. 53

Deinde respondetur, si priuilegiū familiæ suo genuino intellectui redditur, vt q̄ de causa intestati disponat tantum; tunc ratio ista nobis non obstat: licet n. demus priuilegium familiæ confirmationibus Ludouici & Ferdinandi renouatum esse, tamen cùm nos hoc loco versemur in materia testati, quæ illā ab intestato prędecit; sanè priuilegium familiare, & tunc confirmatū, &, q̄ plus est, etiam nunc in viridi obseruantiā ex dicta suppositione adhuc existēs, nostræ sententiæ, qua fœminam ad fideicommissum testamēto expressum vocamus, nullo modo aduersatur.

Pergunt tertiò: *quāuis Rechenbergi priuilegij familiæ expresse non meminerint, ita tamē in omnib⁹ suis testamētis facto ipso obseruārūt, q̄ etiā ꝑprias filias & sorores à successione excluserint.*

Quod dicunt Rechenbergos in testamētis suis expressā mentionē priuilegij familiaris non fecisse, acceptam⁹, estq; à parte rei verissimum: quæ verò de obseruantia tacita, &, vt ita loquamur, virtuali subiiciūt, nō admittimus. Nam verba omniū testamētorum ꝑ Rechēbergos conditorū clarissimè euincunt, q̄ testatores se retulerint ad priuilegium cōmune, & ius cōmune, secundū quæ iura se testari disertis verbis semꝑ professi sunt. Vnde licet theoria iuris sit, q̄ taciti eadē sit virtus & iudicium, q̄ expressi, & sic perinde sit an testatores verbis expressis, an verò ipso facto tacitè priuilegio familiæ se accomodārint, *arg. tex. in l. cū quid. ff si cert. petat. in l. triticū ff. de verb. obl. in l. de quib. ff. de leg. gl. in l. tale pactū. § fin. verb. per exceptionē, ff. de pact. And. Gail. lib. 1. obs. pract. obs. 116. n. 5. Ioann. Ceph. cons. 1. n. 9. vol. 1. Nicol. Euerh. iun. cons. 31. n. 49. vol. 1.* hæc tamen theoria non procedit in casu, quo habemus dispositionē hominis aut legis expressam; tunc n. expressum facit silere tacitū, *l. cū ex filio § fin. ff. de vulg. & pupil. subst. l. si fundū sub cōditione. §. Stichū, cū §. seq ff. de l. 1. & l. fin. C. de pact. conuent. qui tex. quotid. adhoc allegantur. test. Nicol. Euerh. Præs. in loc. ab expres. ad tacit. n. 20.* Neq; n. tacitum plus ꝑari debet, quā expresū, *Dd. in d. l. cū quid, ff. si cert. petat. in l. precib. C. de impub. & al. subst. Tiber. Dec. cons. 31. n. 27. vol 1. & cons. 73. n. 35. vol. 2.* neq; permissum est ad tacitos intellectus confugere, vbi verba testatorum sunt clara & aperta, *l. ille aut ille, ff. de leg. 3.* vbi *Paulus IC.* in hæc verba respōdit: cum in verbis nulla ambiguitas est, nō debet admitti voluntatis quęstio, *facit l. cōtinuus, §. cū ita stipulatus, in fin. ff. de verb. oblig. l. non aliter, d. tit. de legat. 3. l. 1. §. si is qui nauē, vers. in re igitur, ff. de exerc. act. Nicol. Euerh. iun. cons. 9. n. 16. vol. 1. & cons. 5. num. 1. vol. 2. Fulu. Pacian. cons. 9. num. 8.*

Ex quo fit, quoniā ius cōmune & ꝓuinciale, cui iuri se testatores expresè conformare voluerunt, dat liberā & illimitatā testandi facultatē, q̄ si quādo filias aut sorores certis conditionib⁹ Rechēbergi exclusērūt, id factum sit, nō ex necessitate ꝑ priuilegiū familię (cuius ipsi nunquā meminerūt) ipsis iniecta, sed ex libertate illa, qua vigore iuris cōmunis & statutarij gaudebant, & qua nō tantum filios aut alios agnatos masculos filiabus aut sororibus aliisq; fœminis cognatis præferre potuerunt, sed etiam, relictā liberis legali portione, ꝑrsus extraneos.

Et hęc si priuilegiū familię ita intelligamus, quemadmodū aduersa pars intelligere velle videtur: quod si verū eius intellectū sequimur, in quo nō differt à priuilegio cō-

muni, neq; hęc tertia ratio nobis obstat, sed perinde erit, siue testatores ad familiæ siue ad nobilitatis priuilegiũ se retulerint; cũ etiam illud, vtpote de causa intestati dũtaxat loquens, testamenti liberam factionem non adimat aut restringat.

Quartò arguũt: *Castrũ VVarttenberg initio quo ad familiã Rechẽbergicã titulo emptionis venit, masculos possedisse, & apud masculos vsq; ad hũc diem ipsis fermè centũ annis ꝑmãsisse.* Et hoc rursus inculcãt repetũtq; in octaua ratione.

Sed quid tũ postea? Ioannes Eques anno 1516. hoc castrũ emit, & sic contractu inter viuos liberè acquisiuit; postea per testamẽtum an. 1536. in Georgiũ liberè (vt vel ipsi Lipsienses fatẽtur, per dicta in secũdo præsupposito seu concesso) transmisit: deniq; Georgius iste an. 1553. iterũ testatus est, & prioribus quidẽ gradibus masculos, postea autẽ fęminas masculosq; ꝓximiores indiscriminatim vocauit: adeò vt pænè sexaginta anni lapsi sint, quib⁹ fęminæ in destinatione siue dispositione fuerint, ipsisq; obstiterit nihil, nisi casus, in quem testator eas vocauit. Ex quo luce meridiana clarius apparet, nõ pacta illa fictitia seu priuilegiũ familiare in causa fuisse, ꝗ fęminæ ad dictum castrũ nõ venerint, sed contractus & testamenta; qui actus sicuti à libera voluntate & arbitrio dependent, ita obseruantiã seu cõsuetudinẽ necessitatiuã non inducunt; atq; ad eò etiamsi mille annis apud masculos castrũ sæpe dictũ mansisset, non tamẽ obseruãtia talis aut vsus inductus esset, ꝗ fęminæ debeant eius esse incapaces, in casu, quo testatori alicui placeret fęminam vocare, per *infra dicenda.*

Quinta ratio: *priuilegiũ familiæ à nobilitatis priuilegio prorsus separatum est, nec vllo modo per hoc cassatum aut sublatum.*

Quod de separatione istorũ priuilegiorũ dicũt: vel pertinet ad ipsum actũ concessionis & instrumẽta priuilegiorũ, vel ad materiã seu articulos ipsis insertos. Quo ad primũ, nemo tàm stultus erit, qui affirmabit, hæc duo priuilegia separata non esse, cũ diuersis temporibus sint data, & duo non sint vnum: sin verò de articulis iis insertis sermo sit, nos hoc loco de aliis articulis seu punctis non agimus, nisi de solo puncto dispositionis & successionis circa bona: vnde quo ad subiectã materiã priuilegia ista non sunt separata, ita intelligendo, quasi de re diuersa seu separata agant: agunt namq; de vna re nimirum de modo disponendi de bonis, & modo in bona succedendi.

An verò vnũ sustulerit alterũ, quo ad hũc dispositionis & successionis articulũ, distinctio illa adhibẽda est, quã iã sæpius adhibuimus; vel n. intelligunt Lipsienses priuilegiũ familiæ circa clausulã fęminarũ exclusiuam extantibus masculis de successione ab intestato, prout debẽt intelligere, nisi cœlũ terræ miscere velint, & tunc parũ curamus, siue sublatũ sit per priuilegiũ cõmune siue non, quippe cũ nos circa successionẽ testamẽtariã versemur, quã neutrũ priuilegiũ, stante verò ipsorũ sensu, aufert aut arctat. Vel certè vexatissimã clausulã ita accipiunt, vt etiã ad causam testati pertineat, restringatq; testandi facultatẽ ad masculos extãtes: & tunc semper sustinuimus, ꝗ clausula hæc fuerit abrogata per cõmune priuilegiũ, vel, quod idẽ est, potestas testandi limitata ad liberiorẽ extensa & pertracta. Nec videmus cur inuictas nostras rationes prioribus responsis allatas deserere & Dominorum Lipsiensium inficiationi accedere debeamus.

Succedit sexta ratio: *Ioan. de Rechẽberg Eques nõ renũciauit propterea suo priuilegio, quod cõmune priuilegiũ impetrare cũ reliqua nobilitate curauit: sed potius confirmationem ipsius anno 1522. & anno 1527. vrsit adeoq; obtinuit.* Et mox septimò subiiciunt; *nõ posse vllũ exemplũ adferri, quod agnati iã dicti Ioannis Equitis eorũuẽ successores illi renũciauerint.* Hisce duab⁹ rationib⁹, quib⁹ priuilegij familiæ hodiernus vigor partim à remotione cõtrariorũ, partim ꝗ progressũ temporũ confirmatũ fuerit asseritur, generatim satisfit, si dicamus stante verò intellectu huius priuilegij; ꝗ non potestatẽ testandi, sed successionẽ ab intestato ad masculos restringat, eas nobis nõ obstare, qui, vt sæpissimè meminimus, circa successionẽ testamentariã nunc versamur: nõ ergo opus est, vt soliciti simus quomodo ab intestato vnũ aut alterũ priuilegiũ hęreditates deferat, aut vtrũ priuileg. familię de hac successione disponens adhuc duret, nec ne.

Quod si verò ponere volumus sensũ alterũ & hactenus reprobatũ, quod nẽpe priuilegiũ familiæ etiã testantibus manus ligare soleat, tunc respõdemus, Ioan. Equitem omninò recessisse à speciali priuilegio; tũ propter

propter cõcessa Dominorũ Lipsiensiũ, qui Rechẽbergos cõmuni priuilegio subiiciũt; tũ ꝓpter solicitã impetrationẽ & cõmunẽ obligationẽ totius nobilitatis Glogouiensis, qua in priuilegũ cõmune consensum vnanimẽ præbuit; tũm etiam propter vsum cõmunis priuilegij, quẽ suo testamento Ioañes Eques elucere nõ obscurè voluit, q̃ oĩa superiorib⁹ respõsis fusissimè ꝑtractauim⁹.

Cõfirmationes de an. 1522. & 1527. ad castrũ Wartenberg & priuilegia ei annexa ꝑtinent, nõ ad priuilegiũ familiæ ꝑ supr. dicta. 55

Quod nullũ exemplũ extet, ꝗ Rechẽbergi à suo priuilegio recedere voluerint, respondetur, tot exẽpla extare, quot sunt producta testamẽta in actis, & alienationes inter viuos à Rechenbergis celebratæ & à priuilegio alienę; vnde licet verbis nõ dixerint se velle recedere à suo priuilegio: factis ta-
54 men ipsis id demõstrârunt. Et quid interest suffragio (seu voce) voluntatem suã quis declaret, an rebus ipsis & factis? ait Iulianus I. C. *in l. de quib. ff de leg. vide allata resp. 3. à num. 94. vsq; ad num. 208.*

Octaua ratio: *Dominũ VVartenberg, ꝗ iam in lite est, nunquã ad fœminas aut extraneos deuenit, quãdiu in linea hac Rechẽbergiorũ existit: vnde fit* (est hæc ratio nona) *ꝗ casus cũ Ioanne de Rechenberg* auff Primckenaw / *& reliqui actus, quarto replicationis membro à Domino Actore adducti, ad hanc causam non pertineant.* Quare Dominiũ Wartẽberg (ꝗ nõ solũ, vt ipsi aiũt, in lite est, sed alia omnia bona, q̃ Georgius de Rechẽberg fideicõmisso subiecit) apud masculos hactenus fuerit, cõtractus & testamenta in causa sunt, nõ cõcessio regia, seu familiæ priuilegiũ, vt iã ante circa quartam rationẽ attigimus. Nec quisquã nobis persuadebit, bonã esse consecutionẽ, si quis dicat, Dominiũ hoc centũ aut plurib⁹ annis in hac familia & quidẽ apud masculos fuit, ergò nõ est amplius alienabile in fœminas, aut etiã extraneos: sæpè n. fit, vt antiquissimę familię, vel ex necessitate vel alia ex causa, castra gentilicia die Stamheiser alienẽt, quę nõ vno seculo in familia eorũ & agnatione extiterunt. Neq; dubiũ apud nos est, etiã alios nobiles in Ducatu Glogouiẽsi fore, qui bona in eorũ agnatione longissimis tẽporibus existẽtia possideãt: quib⁹ si liberã alienationẽ auferre velis, priuilegiũ nobilitatis euertes. Quod addunt, casum seu testamentũ Ioannis de Rechenberg auff Primckenaw & alios actus in replicis adductos ad rẽ nõ facere, nõ satis circũspectè dicitur. Ex his namq; actib⁹ colligit̃ nõ vsus priuilegij familiæ, vel poti⁹ ipsi cõtrarius vsus (posito sensu illo, ꝗ etiã testamẽti factionẽ ad masculos restringat) ꝗ nempè non tantũ Rechẽbergi vnius lineæ sed & aliarũ, & sic omnes de ista familia omissis masculis varias alienationes tam per contractus, quã per vltimas volũtates in fœminas aut extraneos pro libitu fecerint, & nõ vsu, multoq; magis contrario vsu seu actu à priuilegiis recedi, nemo est qui ignorat, & tradit post oẽs *Carol. Tapia, in l. fin. part. 2. c. 1. & 2 ff. de constit. Princ.* Colligitur itẽ iniuriã quasi fieri Ioañi Equiti, & Georgio institutori fideicõmissi, vel saltẽ causã aut rationẽ nullã dari posse, si dicamus reliquos oẽs Rechenbergos bona sua etiã ipsi priuilegio familiæ inserta potuisse, nõ obstãte hoc priuilegio, in fœminas & extraneos ꝑ testamẽta aut actus inter viuos validè alienare: solũ autẽ Ioannẽ & Georgiũ mansisse priuilegio ita illigatos, vt Georgius ne proneptẽ quidẽ ad fideicõmissum vocare potuerit. Decimũ argumentũ: *fideicõmissum proauitũ ex obseruãtiã eã interpretationẽ accepit, vt clausula* sie seyẽ Männliches oder Weibliches Geschlechts *ita intelligi debeat, & eũ intellectũ olim habuerit, vt quidẽ fœminæ ad successionẽ admittantur, sed tũ demũ, quando masculi oẽs decesserũt.* Ad duo hîc respõdendũ est, ad obseruantiã quã aliquoties in superioribus insinuârũt: & ad sinistrũ intellectũ seu interpretationẽ modò dictæ clausulæ. Quod obseruantiã attinet, ponamus Rechenbergos in linea, qua de agitur, semꝑ masculos fœminis ꝑtulisse, tamẽ hoc factũ nõ esset in executionẽ priuilegij familiæ aut alteri⁹ iuris necessitãtis, quasi necessitatẽ seu obligationẽ ex illo sibi iniectã putauerint, masculos ante fœminas ad successionẽ vocandi: sed esset factũ in executionẽ priuilegij cõmunis, ad ꝗ se magna animi contestatione semꝑ in suis testamẽtis retulerũt; adeoq; ex libertate, merâ facultate, & mero arbitrio (ꝗ cõmune priuilegiũ ipsis ꝑmisit, imò nec familiæ priuilegiũ, si verũ amam⁹, denegauit) masculos ꝑdilexissent: ꝗ arbitriũ obseruantiã aut consuetudinẽ aliquã necessitatiuã nunquã inducit, *vti notat Bart. & alij in l. viã publ. ff. de via publ. Cyn. Bald. & alij in l. 1. C. de seru. & aqu. & in l. 2. quæ sit long. consuet. Franc. Balb. in tract. de præscript. 4. part. 5. part. princ. quæst. 5. Ant. Gabr. lib. 5. com. concl.*

tit. de praescript. concl. 10. & 12. Ant. Tessaur. de eis. 16 num. 3. sed sicuti liberum testatoribus illis fuit masculos aut feminas suis elogiis honorare, ita libertas illa & mera facultas sublata nunquam fuit, hodieq; manet.

Adde si priuilegiũ familiæ suo germano sensui relinquimus, vt non operetur circa causam testati, quoad clausulam exclusiuam feminarũ: tametsi testatores tacitè & ipsis factis, vt arguuntur, in executionẽ huius priuilegij testamenta condidissent, & masculos feminis prætulissent, adhuc tamẽ non ex necessitate, sed mera facultate, quam etiam hoc priuilegium rectè intellectũ nõ infringit, factum, & consequenter obseruantia necessitatiua non inducta fuisset.

Deinde negamus simpliciter talem obseruantiã: nã cum præcipuè agatur de testamẽto Georgij Rechenbergi, an potuerit eo vocare feminas extantibus masculis? negãt hoc; & pro ratione obseruantiam allegant. Sed non possunt intelligere obseruantiam quæ secuta sit testamentũ Georgij: cùm id, quod tempore conditi testamẽti nondũ in
56 rerũ natura erat, eũ stringere aut manus ipsi ligare non potuerit, per vulgare dictum, nõ entis nullas qualitates esse, *l. eius qui in prouincia, vers. quoniam, ff. si cert. petat. l. Pomponius §. fin. ff. de adquir. vel omitt. possess. l. si seruũ, § fin ff. de action. empt. l. nec vllam, §. si quis absentis. ff. de hared. petit. Ant. Gomez. tom 1. variar. resol. c. 1. n. 9.* neq; per hoc, quod post mortẽ ipsius masculi semper successerũt, noua obseruãtia inducta fuit, cũ feminæ semper indispositione constitutæ tantũ casum deficientis masculi exspectârint: & quod ante bienniũ demùm casus iste contigerit, ex euentu pependit, non ex principali intentione testãtis, seu obseruare volẽtis ius aliquod ipsũ ad feminarũ exclusionẽ necessitans: atqui id sẽper inspiciendũ est, quod per se ac principaliter agitur, non q̃ ex euentu cõtingit, text. celebris *in l. vnic. vers. cõtraq; si cuiuslibet, C. de lucrat. descr. lib. 11.* vbi gl. quoq; dicit, ex o-
57 rigine cuiusq; cõtractus & causæ, quid de ea statui debeat, dispiciendũ esse, *per l. si procuratorẽ, in princ. ff. mandat. l. 1. §. si seruus deposuit, ff. deposit. cum similibus alleg. per Nicol. Euerhard. iun. consi. 21. num. 26. vol. 1.*

Nõ possunt quoq; intelligere obseruãtiam testamentũ Georgij antecedentẽ: quia vnus tantùm casus eũ præcessit in persona Ioannis Equitis, ex quo obseruantia nulla desumi potest. Tametsi enim filias certis, & quidem pinguioribus conditionibus, quã pacta gentilitia, si quæ fuissent, excluserit; veruntamen actũ istum, qui sui natura poterat esse æquiuocus, (id est vel respectu priuilegij familiaris, vel respectu priuilegij cõmunis gestus) ipsemet ita explicauit, vt æquiuocatio omnis cesset, & in executionẽ priuilegij cõmunis, ad quod se disertis verbis in testamento refert iste testator, actus gestus dici debeat, atq; adeò non ex necessitate gestus, sed ex merâ facultate, quę obseruantiam non importat, vt iam ante declarauimus.

Et quid verbis opus? si quis omnia testamenta Rechenbergiorũ quæ hactenus haberi potuerũt: si itẽ frequentes illas alienationes in eadem familia celebratas, quas Dominus Actor in replicis inducit paulò attentius examinabit (quemadmodum nos *resp. 3.* discurrẽdo per prætensos titulos Domini Rei fecimus) sine vllo labore intelliget, neminem vnquam ex Rechenbergis obseruasse id, ex quo pars aduersa ius, obseruantiam necessitatiuam, aut consuetudinem extundere hodie conatur.

Interpretatio verborũ: sie seynd Männliches oder Weibliches Geschlecht / quod testator feminas ad successionem tum demùm vocare voluerit, postquam omnes masculi in familia Rechenbergica decesserunt: omninò improbabilis est. Et diximus quædam de ea *resp. 3. num. 181. ver. per quæ & illud fit,* nẽpe quamuis iure feudali interpretatio talis suis casibus obtineat, tamen cum nos versemur in materia allodiali, & ipsemet testator, quasi digitum intendat ad ius commune, & priuilegium nobilitatis debere nos interpretationem ex hisce iuribus sumere, quæ masculos pariter cum feminis & vice versa ad successionem admittunt.

Vndecima ratio: *nuper defunctus Ioannes Georgius de Rechenberg in suo testamento etiam obseruauit, vt masculos fæminis præferret, & ideò maximum natu de familia, Dominum Reum videlicet, hæredem instituit.*

Sed nonnè circa institutionem hanc dixit, se instituere hunc agnatum ex nulla obligatione, sed beneuolentia tantum? nõne Coniugi amplissimũ legatum reliquit? Ita sanè. Et sic primò verbis contestatus est, quod

quod nulla necessitas eum ad hanc institutionem adegerit, sed ex propria & libera voluntate hoc fecerit, atque adeò etiam alios instituere potuerit: deinde ipso facto comprobauit, quod verbis antea expressit, dum ampla dominia in fœminam prorsus à familia Rechenbergica extraneam contulit. Hæc non eo scribimus, vt approbemus hoc Ioannis Georgij testamentum, quod in materia & forma non subsistit. *resp.3.nu.188.* sed vt ostendamus, quæ mens fuerit huius testatoris, & quod non intuitu priuilegij familiaris, obseruantiæ, aut alterius iuris necessitantis ad institutionem agnati processerit.

Deinque argumentantur: *Quod etiam Ioannes Georgius de Rechenberg nuper demortuus, ex concessis Domini Actoris, capax fuerit priuilegij communis; adeoque testari potuerit ad beneplacitum, nec constringi aut grauari aliquo fideicommisso.*

Respondemus breuiter hanc argumentationem nullius omnino momenti aut ponderis esse. Nam etiam iuris communis regula est, quod quiuis testari queat, *vt vel*
59 *Institutionist. tradunt in princ. tit. I. quibus non*
60 *est permis. fac. testament. & nos latè prosecuti sumus resp.1.num.49.* interim tamen de bonis fideicommisso subiectis testari non licet, *Dd. in l. Marcellus, §. res quæ, ff. ad Sc. Trebell. & in l. fin. § sed quia, C. commun. de legat.* Pari omnino ratione Ioannes Georgius de Rechenberg testari potuit vigore statuti Nobilitatis Glogouiensis: non autem de bonis grauatis: sed aliis, quæ habuit extra fideicommissum. Vel si nihil habuit extra fideicommissum, potestas testandi quidem adhuc ei adempta non fuit, sed materiam non habuit, super qua testaretur. Nec est, quod dicas, priuilegium Nobilitatis ita intellectũ nil operari vltra ius commune; quia responsio in promptu est, quod operetur circa feuda, & alia capitula ei inserta; nec necessum, vt priuilegium quoad omnia à iure communi recedat, *vt olim scripsimus circa similem obiectionem respons.3. numer.143. vers. quartò dicunt.*

RESPONSVM V.

Quo contra Collegij Rostochiensis consultationes, pro Domino Melchiore de Rechenberg conscriptas, disputatur.

Summaria.

1. *Omne qui dicit nihil excludit.*
2. *Specialia plus operantur quàm generalia.*
3. *Confessio iudicialis est firmissima probatio, & confitenti omnino præiudicat: maximè si in scriptis facta, & à parte aduersa acceptata proponatur, vt num.4.*
5. *Renouatione inuestituræ debito tempore non petita feudum amittitur.*
6. *Res in dubio allodiales præsumuntur.*
7. *Qualitas semel adquisita durare censetur, donec contrarium doceatur.*
8. *Mutatio non præsumitur, sed est probanda.*
9. *Probatâ mutatione, non debemus rei naturam metiri ex statu, quem ante mutationem habuit, sed ex statu, quem factâ mutione, de nouo adquisiuit, vt num.21.*
10. *Origo & initium cuiusq; rei inspiciendum, indeq; de re ipsa iudicium faciendum.*
11. *Inuestitura prima præcipuè attendenda.*
12. *A primordio tituli posterior formatur euetus.*
13. *Præsumptiones admittunt probationem in contrarium.*
14. *Inuestitura prima mutari nõ potest: nisi Dominus & agnati consentiant: qui consensus etiam successoribus nocet, vt num.15.*
16. *Nemo suum ius, etiã per mille annos, amittit non vtendo, quando casus illius nõ euenit.*
17. *Feudum in vna qualitate alteratũ, in cæteris non alteratis naturam suam retinet.*
18. *Feuda regulariter alienari non possunt.*
19. *In successione feudali masculi fœminis præferuntur: in allodiali pari iure censentur, vt num.20.*
22. *In feudo Franco fœminæ ex communi sentẽtia succedunt: & nonnullis aliis casibus, vt num.23.*
24. *Non probat hoc adesse, quod cõtingit ab hoc abesse.*
25. *Argumentum à notatione in iure probabile est, & verisimile.*
26. *Lex seruitij feudi nota est: declaratur, n.29.*
27. *Verbum* Rittersitz *denotat Castrum nobile non feudum.*

28. *Ducatus, Comitatus, Baronatus, item castra nobilia præsumuntur in dubio iure allodij non iure feudi possideri.*
29. *Seruitia iure subiectionis præstari potius præsumuntur, quam iure feudi.*
30. *Seruitia non sunt de substantia feudi: vnde hæc sola non probant feudum, num. 31.*
32. *Probatio debet de necessitate cōcludere: aliàs nocti assimilatur, qua nihil videmus, n. 33.*
34. *Fidelitas vasallagij est de substantia feudi.*
Verbum inuestire, belehnen/ *duobus modis accipitur: generatim, de concessione possessionis: & speciatim, de constitutione feudi, num. 36.*
37. *Hinc fit, quod hoc verbum de necessitate feudum non importet; sed subiecta materia est inspicienda, num. 38.*
39. *Relationes ad ea duntaxat pertinent, quæ in relato expressa reperiuntur: vltra verò illa nihil noui introducunt.*
40. *Stylus Curiarum obseruandus est.*
41. *Fidelitas non semper iure vasallagij, sed & subiectionis iure præstatur.*
42. *Verba, in clausulis executiuis & accessoriè posita, nihil disponunt, nec vlla ratione dispositionem præcedentem alterant.*
43. *Conditio non disponit, sed dispositum, vel disponendum in euentū casus futuri differt.*
44. *Argumento à ratione ordinis etiamsi nonnunquam vtamur, plerumque tamen infirmum & fallax est, vt num. 46.*
45. *Vbi eadem ratio, ibi idem ius constituendum, vt num. 72.*
47. *Rescripta & concessiones lite pendente impetratæ nihil operantur: vt & illa quæ ob falsam caussam obtentæ sunt, num. 48.*
49. *Clausulæ, saluo iure tertij, vis est, vt cuiusq; ius conseruet integrum & illæsum, vt numer. 92.*
50. *Generalis & maximè vniuersalis locutio vniuersaliter intelligenda, vt comprehendat sub se omnes species.*
51. *Si alienatio permittitur in casibus vtilitatis, aut necessitatis duntaxat, regula concipitur negatiuè: rem alienare permissum non esse: & deinde per modum fallentiæ additur: nisi in casu necessitatis aut vtilitatis.*
Exemplum in rebus Ecclesiasticis 52. rebus minorum, fundo dotali, &c. 53.
54. *Regula debet esse de iis, quæ vt plurimum obtinent: non quæ vno aut altero casu duntaxat; & aliis diuerso iure censentur.*
55. *Pactum de alienando feudo adiectum intelligitur de alienatione in personas habiles, id est, masculos, non in fœminas aut extraneos.*
declaratur latè num. 58. & num. 66.
57. *A proprietate verborum non facilè recedendum.*
59. *Omnes dispositiones ita sunt interpretandæ ne repugnantiam contineant.*
60. *Leges de successione disponentes intelliguntur de successione ab intestato. Idem de statutis & priuilegiis successionem deferentibus, vt num. 64. & latius num. 65. & num. 70.*
61. *Quamdiu ex testamento potest adiri hæreditas ab intestato non defertur.*
62. *Nihil est, quod magis debeatur hominibus, quam vt supremæ eorum voluntatis liber sit stylus.*
63. *Prouisio hominis facit cessare prouisionem legis, & num. 75.*
67. *Fideicommissa, cum clausula liberæ alienationis, possunt alienari in quoscunq;: & si alienatio non est facta, tum demum veniunt ad vocatos.*
Idem de pactis gentilitiis 68. & pactis iuratis de succedendo, num. 69.
71. *In dispositione exclusiuâ fœminarum, quocunq; demum nomine censeatur, omnia argumenta procedunt, quæ in simili statuto allegari solent.*
73. *Legis maior est potestas quàm hominis, declaratur num. 79.*
74. *Vltimæ voluntates legibus comparantur.*
76. *Ius publicum pactis priuatorum mutari non potest.*
77. *Nemo potest cauere, ne leges in suo testamēto locum habeant.*
78. *In publicis actis nihil est lege grauius: in priuatis firmissimum est testamentum.*
80. *Princeps testamento hominis priuati derogare non potest.*
81. *Lex, casu, quo homo nō deposuit, hæreditates defert, quasi ex tacita hominis volūtate.*
82. *Auctoritas Doctoris, nisi rationem, & auctoritatem iuris coniūctam habeat, nullius prorsus efficacitatis est.*
83. *Lex noua verbis multum generalibus vtens corrigit antiquam etiam specialem.*
84. *Priuilegia non vsu tolluntur.*

85. Item

85. Item & multò magis per actus & vsum contrarium.

86. Faciens actum secūdum ius commune, quem facere poterat ex priuilegio, ad ius commune rediisse, & priuilegio suo renunciasse censetur.

87. Quod expressè mutatum non ostenditur, cur stare negemus?

88. Quæ de tota re dicuntur, eadem & de parte intelligenda sunt.

89. Confirmationes licet nouū ius non tribuant, antiquum tamen conseruant.

90. Confirmationes accessoriæ per se subsistere non possunt, vbi confirmatum principale cessauit.

91. Clausula non obstante, &c. rescripto adiecta quid operetur.

93. Caussæ cognitio citationē & iudicialem strepitum disceptationemq́ desiderat.

94. Qui allegat caussam cognitam esse, probare id debet.

95. Si verba statuti sunt clara, accipere ea debemus, prout iacent.

96. Propria natura statutorum & priuilegiorū est, vt à iure communi deuient: aliàs statuta, aut priuilegia non sunt.

97. Qui sciens volensq́ læditur sibi imputare debet.

98. In toto iure generi per speciem derogatur, fallit vt num. 101. & 102.

99. Vsus docet an lex aliqua, aut priuilegium adhuc vigeat.

100. Probatâ exceptione à regula, tunc regula officium suum perdit.

103. Ab vno separatorum ad aliud nulla datur illatio, & num. 133.

104. Transactiones interponūtur super re dubia, & lite incerta: & vtraq́ pars de iure suo aliquantulum recedit, num. 105.

106. Ius sibi indubitanter competens nemo pecuniâ comparare solet.

107. Auctoritas actus tribuitur ordinanti non exequenti.

108. Renunciationes fœminarum præsupponunt ius in successione.

109. Res inter alios actæ aliis non præiudicant.

110. Ius quæsitum nec princeps auferre alicui potest; declaratur, num. 111. & 112.

113. Vox, nominatim, rem præsentem demonstrat, non futuram.

114. Vox, videlicet, est restrictiua, atq́ declaratiua eorum, quæ in dispositione speciatim recensentur.

115. Verba, illa, dicta, prædicta, supradicta, stant relatiuè, & demonstratiuè ad præcedentia, seu prius specificata.

116. In priuilegiis interpretandis verba diligenter consideranda.

117. Priuilegia stricti iuris sunt & intellectus.

118. Ea est vnionis & connexorum natura, vt de vnitis, & connexis idem sit iudicium.

119. Copiæ, non producto originali, regulariter non probant.

120. In dubio, & vbi verba varij sunt intellectus, eam interpretationem adhibere debemus, quæ dispositionem ad ius commune reducit, & num. 121.

Dictio darzu/ *id est, insuper, præterea, hoc amplius, diuersum quid à precedētibus, & nouum inducit.*

124. De mente hominis nullum est directum testimonium, sed soli Deo nota est.

125. Multa incommoda sequuntur, si vt à scripto recedamus, voluntatis quæstio instituitur.

126. Si cui vsusfructus est relictus, & alius post mortem hæres institutus, ita interpretamur voluntatem, vt primus sit vsufructuarius, secundus autem mox post mortem testatoris hæres, vt num. 163.

127. Vel, vt alij, vt primus detractâ vsusfructus mentione, sit heres: grauatus tamen per fideicommissum restituere secundo.

128. Quod testator non dixit, hoc ne voluisse quidem censendus est.

129. Præsertim in materia fideicommissorū, vbi sufficit aduersario dicere: de te non loquitur dispositio: vel, nō extat fideicōmissum.

130. Mentem testatoris ex coniecturis nonnunquam indagare licet.

131. Dummodo sint vrgentes, & ex verbis disponentis eruantur.

132. Aliâs ob phantasias hominem à scripto & verbis recedendum non est.

133. Testator masculinitatem ob oculos habens, censetur instituisse fideicommissum, declaratur, num. 133.

134. Ratio, quia vocans masculos ad successionē, familiæ conseruationem cogitat; quæ conseruatio absque fideicommisso non procedit, explicatur num. 141.

136. Honoratus in testamento, grauari potest, vt num. 140.

137. Explicatur decisio 184. Guidonis Papæ, ex Hartmanno Pistoris, Crauetta, & Menochio.

137. *A posse ad esse non valet argumentum.*

139. *Positus in conditione sub qualitate masculinitatis vocatus censetur.*

141. *Qualitas generis masculini consideratur solum in casibus à testatore expressis: non autem in omissis.*

142. *Geminationis in iure magna vis.*

143. *Qui filias magis dilectas exclusit, censetur multò magis cæteras fœminas exclusisse, declaratur num. 146. & 149.*

144. *Absurditas in omni dispositione vitanda.*

145. *Fideicommissum iniunctum personæ magis dilectæ in minus dilectis repetitum præsumitur, declaratur num. 150.*

147. *Quod testator non dixit, nos supplere non debemus.*

148. *Statutum excludens fœminas propter masculos, quantumuis agnationis fauorem respiciat, locum nihilominus tantùm habet in personis expressis, & specificatis.*

151. *Ratio à testatore expressa ne bona de familia exeant, aut vt bona in familia permaneant, signum, & notam exhibet facti fideicommissi.*

152. *Prohibitio alienationis in testamento facta per se sola, vtpote nudum præceptum, nihil facit, sed sperni ab hæredibus potest.*

153. *Sed si vestitur caussa: puta testator subiecit rationem, quia vult, vt bona in familia perpetuò conseruarentur, tacitum fideicommissum iuris interpretatione ex ea resultat.*

154. *Ratio cur tali specie fideicommissum inductum ius statuat.*

155. *Quando testator vocat collectiuè familiam, agnationem, gentem, descendentes, &c. addita ratione, quod velit bona sua perpetuò in familia conseruari, inducitur expressum & perpetuum fideicommissum.*

156. *Idque tacitam alienationis prohibitionem annexam habet.*

157. *Ratio de conseruatione familiæ, sola nunquam inducit fideicommissum, sed tum demùm, si prohibitioni de alienando accessit: aut certè dispositioni testatoris ad plures gradus expressè digredientis, vt num. 158.*

159. *Substitutio definitur secundo aut vlteriore gradu facta institutio.*

160. *Ratio trahit ad se dictum, & illud ampliat, aut restringit, quatenus vires rationis patiuntur.*

161. *Aduersatiua, oder/ aut, nota est vulgaris substitutionis.*

162. *Vulgaris substitutio propter instituti aditionem euanescit.*

163. *Fideicommissa etiam propter conseruationem familiæ non extenduntur de persona ad personam, maximè si ratio ista adstricta est ad certum actum, num. 165. aut non dispositiuè, sed enunciatiuè duntaxat posita 166.*

167. *Caussa impulsiua non disponit.*

168. *Quando aliter impleri non potest voluntas defuncti quam per inductionem fideicommissi, inductum fideicommissum non censetur.*

169. *Id accipiendum, quod interrogatus testator, verisimiliter respondisset, declaratur num. 170. & 201.*

171. *Quando testator de aliquo casu cogitauit, & tamen de eo nihil disposuit non præsumitur alia, quæ disposuit, ad hunc etiam casum pertinere voluisse.*

172. *Propositum in animo retentum nihil operatur.*

173. *Ex eo quod testator aliquos tantum agnatos semel substituit nec vlterius progressus est concluditur eum de conseruanda agnatione solicitum non fuisse.*

174. *Testamenta propriis viribus subsistunt, nec dependent ab alieno arbitrio.*

175. *Ad hoc, vt onus fideicommissi inductum dicatur, necesse est, vt colligatur ex his, quæ in testamento disposita sunt: non ex his quæ extrinsecus assumuntur.*

176. *Qualitas in vno articulo testamenti posita non est trahenda ad alium articulum eiusdem testamenti.*

177. *Accidens sine subiecto non subsistit: nec potest probari qualitas nisi prius probata substantia.*

178. *Fideicommissa familiæ an sint fauorabilia, an verò odiosa anceps quæstio.*

179. *Ex materia brocardica non potest duci firmum argumentum.*

Laudatur definitio Antonij Fabri, quæ negat extensionem fideicommissi, etiam in fauorem agnationis instituti, de persona in personam.

181. *Nihil hominibus debetur magis, quam vt liber*

liber ipsorum sit testandi stylus, & licitũ quod iterum non redit, arbitrium.

182. *Iuri communi aut prouinciali, vbi viget, in testando se quiuis accommodasse in dubio censetur.*

183. *Vbi testator hæredibus suis testandi facultatem non ademit, nec nos interpretando eis adimere debemus.*

184. *Quod quisque iuris in alium statuit, hoc ipse iure vti quoque debet.*

185. *Vbi par ratio, ibi idem ius constituendum est.*

186. *Bona fideicõmisso grauata non possunt alienari: nec inter viuos, nec vltima voluntate. vt nu. 187. & nu. 204.*

187. *Iure communi quilibet regulariter habet testandi facultatem.*

189. *Fideicommisso grauato non est adempta testandi facultas, potest enim testari de bonis proprijs si qua habet: vel si nulla habet, nõ deficit ei ius, sed materia, n. 190*

191. *Affirmanti incumbit probatio.*

192. *Fideicommissa ob familiæ conseruationem non sunt somnianda aut multiplicanda.*

193. *Si feudum masculis & fœminis conceditur, iure feudali ea interpretatio adhibetur, vt primitus masculi, & deinde masculis deficientibus fœminæ succedant.*

194. *In dubio testatores iuri communi se accõmodasse præsumuntur.*

195. *In bonis dignitatem annexam habentibus, etiamsi allodialia sint, fœminæ, extantibus masculis, secundum quorundam opinionẽ non succedũt: declaratur, n. 200.*

196. *Ius commune de bonis allodialibus latum non facit differentiam inter masculos & fœminas in materia successionis.*

197. *Immò differentiam hanc vehementer auersatur.*

198. *Volũtas testãtis instar legis obtinere debet.*

199. *Ex proœmio mens & voluntas disponentis colligitur.*

202. *Adfertur doctrina notabilis And. Alciat. in l. inter stuprum, ff. de verb. signif.*

203. *Iustinianus Imp. præscribens modum succedendi ab intestato neglexit rationem ciuilem de nomine & familia: & secundum naturæ ordinem gradus succedendi distinxit.*

205. *Non honoratus grauari testamento non potest.*

206. *Instituto fideicommisso successiuo inter plures omnes censentur vocati.*

207. *Testator quos instituendo prædilexit censetur etiam substituendo prædilexisse.*

208. *Præsumptioni locus non est, vbi veritas reipsa clare apparet, vt num. 209.*

210. *Proprijs successionibus extraneas nemo præferre censetur.*

211. *In linea collaterali in gradu pares pariter succedunt: propinquiores autem remotiores regulariter excludunt, vt numer. 212.*

213. *Ad testamentum in scriptis requiritur vt testes omnes sigillis illud communiant.*

214. *Vt item subscribant, quis & cuius testamẽtum signauerint.*

215. *Forma à iure præscripta ad vnguem seruãda est.*

216. *Testamentum in quo solemnia desunt, aut perperam adhibita sunt, iniustum dicitur, & ipso iure non valet.*

217. *Consuetudo difficilis est probationis.*

218. *Et ab allegante sufficiẽter & legitimè probari debet.*

219. *Approbans actum tanquam talem, cum non sit talis, reprobare eo ipso intelligitur.*

220. *Confirmans actum sub vna qualitate, censetur infirmare sub contraria.*

221. *Confirmationes actuum, cum nihil noui dent, & fiant citra cuiusq; præiudicium, facilè impetrantur.*

222. *Clausula, in quantum de iure, reddit actũ conditionalem & eius validitatem dependere facit ex futuro euentu.*

223. *Si Princeps alicui permittit testandi facultatem, solemnia ad testamentum necessaria remisisse non censetur.*

224. *Cessante causa cessat effectus.*

225. *Ex pluribus instrumentis minus solemnibus, & in iudicio aut extra acceptatis, probatur consuetudo, quod possint fieri sine solemnitate.*

226. *Ad consuetudinem requiritur constans & vnanimis populi consensus.*

227. *Vbi vsus populi variat ad ius scriptum redeundum est.*

228. *Vt instrumenta probent consuetudinem remissarum solemnitatum, necesse est, vt veniant in notitiam maioris partis populi, & notariorum: & vt eis vi talis cõsuetudinis, & obseruantiæ populus adquieuerit, num. 229.*

230. *Affirmanti incumbit probatio.*

231. *Testamenta etiam non solemnia, ab hæredibus specialiter agnosci atque vltro approbari possunt.*

232. *Hæres tenetur præstare factum defuncti.*

233. *Testamentum publicatum publicam & perpetuam meretur fidem.*

234. *Propter lapsum longissimi temporis etiam solemnitates extrinsecæ præsumuntur.*

235. *Testamentum inter liberos coram duobus testibus factum valet.*

236. *Non tantum quoad liberos primi gradus, sed etiam quoad vlteriores.*

237. *Testamentum si non valet vt scriptum, an valeat vt nuncupatiuum, anceps quæstio.*

238. *Veritas in eo est, quod valeat, vt nuncupatiuũ, si huius testamenti requisita habet.*

239. *Requisita autem sunt duo: septem testes & nuncupatio hæredis.*

240. *Differentia inter testamentum scriptum & nuncupatiuum est, quod in illo hæres celari possit, in hoc manifestari debeat.*

242. *Vis clausulæ codicillaris est, vt hæres legitimus grauatus censeatur, tanquam ex fideicommisso, restituere hæredi scripto in testamento inualido.*

243. *Clausula, omni meliori modo, duobus, casibus operatur circa sustentationem ipsius testamenti: aliâs conseruat voluntatem testatoris tanquam ex codicillis aut donatione mortis causa.*

244. *Testamentum coram actis conditum, si aliunde de rei veritate apparet, testẽ nullum requirit.*

245. *Requirit autem, vt testator præsens apud acta vel testamentum conficiat, vel saltẽ de testamento alibi confecto voluntatem suam manifestè declaret: & quæ sit ratio 246.*

247. *Testes videre debent & exaudire testatorem: idq́; deuitãdæ fraudis causa, quia vocem alienam periti imitari possunt.*

248. *Hinc etsi interposito velo aut interiecta cortina testatorem loquentem audiant, testamentum tamen non subsistit.*

249. *Quod quis per alium facit, per se fecisse censetur.*

250. *Maior nuspiam nullitas est, quam ea, quæ ex defectu iurisdictionis promanat.*

251. *Insinuatio est descriptio & registratio siue redactio ad acta iudicis facta.*

252. *Qui hæreditatem adiuit ex testamento, non potest variãdo eam postea petere ex codicillis: nisi sit inter coniunctas personas, expressas in l. vlt. §. si quis verò, C. de codicill. & num. 253.*

254. *Fideicommissum de manu hæredis accipiendum est, qui illud vel re vel verbis restituere debet.*

255. *Legitimo contradictore existente, non potest fieri immissio in possessionem ex l. vlt. C. de edict. D. Hadr. tollend. etsi hæres scriptus testamentum ostendat omni visibili vitio carens, nu. 256.*

257. *Bona fideicommisso subiecta grauatus in alium transferre non potest, nisi in eum, qui ad fideicommissum vocatus est.*

258. *Pro iudice & eius gestis in dubio præsumitur.*

259. *Nisi ex actis aut aliunde constet, quod neglecto iuris ordine processerit.*

260. *Hac namque specie tanquã priuatus agere dicitur: cui proinde impunè resisti potest.*

261. *Vbi iudex immissionem in possessionem decreuit iuris ordine neglecto, iudicio omnium nulliter processit.*

262. *Ordo iuris obseruandus in immissione ex l. vlt. C. de edict. D. Hadr. tollend.*

262. *Citatio omnium actionum instituẽdarum principium est.*

264. *Et speciem naturalis defensionis continet, ac proinde nemini deneganda.*

265. *Ne diabolo quidem si foret in iudicio.*

266. *In specie, vbi possessio est præoccupata, hæres scriptus immitti non potest, nisi citato possessore, vt num. 293.*

268. *Aliâs, id est, si feratur, possessore non citato, sententia est ipso iure nulla.*

269. *Quod etiam verum est, si causæ cognitio non intercessit.*

270. *Iudex qui facilis fuit in decernendo, debet etiam esse facilis in reuocando ea, quæ præcipiti festinatione decreuit.*

271. *Qui possessionem alterius, etiam cum decreto iudicis, sed tamen inualido, ingreditur, iudicialis turbator est.*

272. *Regulariter omnes citandi sunt, quorum interesse vertitur.*

273. *Citatione opus non est, vbi sua auctoritate qui, possessionem ingredi potest, declaratur num. 274. & seq.*

276. *Possessor omnis, etiam iniustus, etiam per iudicem, eijciundus non est, nisi vocatus & auditus.*

277. *Dominium ipso iura in hæredem transit: possessio verò nunquam.*

Consue-

278. Consuetudine Galliæ, le mort saisit le vif, solet transire.

279. Non opus citatione, quãdo iudex aliquem mittit interim & pro suo iure in possessionem, & aduersarij iuribus nihil detrahit.

280. Declaratur Iacob. Menoch. in tractat. de adipisc. possess. remed. 4. nu. 453.

281. Si re priueris, nec nomen habere mereris.

282. Fideicommissarius sine vitio possidens, & ius suum ex continenti docere paratus legitimus contradictor est.

283. Regulariter fideicommissarius possessionem propria auctoritate non potest ingredi: fallit in fideicommissario secundo aut vlteriore, vt nu. 284.

285. In continenti probare is dicitur, qui habet instrumenta in manibus, & iudici sine mora aut dilatione ostendit.

286. An fideicommissarius ingredi possit possessionem, si scit grauatum testamentum fecisse? deciditur affirmatiuè.

287. Non præstat impedimentum quod de iure non sortitur effectum.

288. Frustra expectatur id, cuius euentus nihil operatur.

289. Explicatur Reland. à Vall. cons. 1. numer. 71. vol. 1.

290. Declaratur Augustin. Beroi. cons. 89. num. 9. in fin. & num. 10. vol. 2. & num. 333.

291. Verba perfunctoria & narratiua non possunt allegare ad decisionem causarum: nec etiam potest deduci ex ijs argumentum à contrario sensu, num. 292.

294. Contradictor non petit se immitti in possessionem, sed petit vt defendatur in possessione iam ante apprehensa.

295. Hæres se immitti petens debet probare bona à defuncto tempore mortis detenta.

296. In fideicommissis succeditur primo instituttori non vltimo possessori.

297. Fideicommissarius ad dies vitæ, ad imaginem vsufructuarij, possidet.

299. In interdicto, vti possidetis, is obtinet, qui possessionem ex sua, & turbationem ex parte aduersa probat.

300. Et si vterque se possidere prætendit, is præferendus est, qui de antiquiori possessione docuit.

301. Aut si omnia sunt paria, & ignoratur quis prior, possessionem ingressus sit, is vincit, qui iustiorem possessionis titulum habet.

302. Per insistentiam rei cum animo sibi habendi siue possidendi coniunctam sufficienter & legitimè probatur possessio.

303. Nec opus vt præterea actus possessorij probentur: quorum probatio si accedit, non tam sufficienter quam abundanter probata possessio dicitur, vt num. 304.

305. Abundans probatio nunquam nocet, sed intentionem probantis magis elucidat.

306. Qui fundi possessionem apprehendere vult necesse non habet singulas glebas circumambulare.

307. Qui castrum cum pertinentiis aut districtum aliquem apprehendere vult, satis est ei, si partam, maximè principaliorem, animo habendi totum ingrediatur.

308. Notabilis doctrina Zas: in l. 3. in princ. nu. 28. ff. de adquir. vel omit. possess.

309. Apprehensa possessione Ecclesiæ per Prælatum, omnium, quæcunq; ad Ecclesiam pertinent, possessio apprehensa censetur.

310. Si possessio semel est apprehensa, non opus habet possessor in illa continuo perseuerare, sed potest pro libitu discedere, & ita animo possessionem retinere.

311. Et hæc possessio, quæ animo retinetur, ciuilis appellatur: ac prodest ad obtinẽdum in interdicto, vti possidetis, vt numer. 312.

313. Duo eiusdem rei in solidum possessores esse non possunt.

314. Ex hoc fit, quod posterior alterius occupatio non possessio sit, aut dicatur. Sed turbatio possessionis: etsi per iudicem esset obtenta, num. 315. aut etiam per Principis rescriptum, numer. 316.

317. Violentam aut clandestinam possessionem Prætor interdicto, vti possidetis, non tuetur.

318. Ocularis inspectio est modus probandi omnium firmissimus, qui fallere nunquam potest.

319. Possessionem, quæ omnibus palam patet, non est probare necessum, sed iudex per informationem simplicem potest supplere, & num. 298.

320. Quæ in animo hominis consistunt declaratione eius plana fiunt.

321. In

321. *In declaranda mente facta inspicimus: & facta fortiora sunt ad declarandam mentem, quam verba, num. 322.*

323. *Prioritas possessionis à tempore desumitur.*

324. *Tempus secundum Philosophos est numerus motus, secundum prius & posterius.*

325. *Deliberans animo anceps est, & hinc inde fluctuat.*

326. *Possessio firmam consilij mentisque certitudinem requirit.*

327. *In interdicto, vti possidetis, ille vincit, qui prior fuit in possessione etiam per horam aut momentum.*

328. *Vbi vis est in prioritate temporis horæ & momenta in consideratione sunt.*

329. *In Dominij quæstionibus, cum iuris sint, hæreditas defunctum repræsentat.*

330. *Quando autem de possessione agitur, cum ea facti sit, repræsentatio cessat.*

331. *Hæreditas igitur dominari quidem fingitur, sed non possideri.*

332. *Nisi in materia vsucapionis.*

334. *Fideicommissarius etiam primus iure Canonico possessionem fideicommissi ingredi potest, nec tenetur exspectare, donec hæres scriptus ei restitutionem faciat.*

335. *Dolo facit qui petit id, quod mox restituere debet.*

336. *Circuitus & apices iuris Canonica iura nō aduertunt.*

337. *Fideicommissarius primus ex quorundam sententia possessionem vacantem sua auctoritate potest ingredi: saltem ad effectum impediendi immissionem hæredis scripti.*

338. *Non requiritur ad ingressum possessionis, vt quis certò sciat se vocatum esse, sufficit eius credulitas.*

339. *Non opus probatione tituli antequam lis alicui moueatur.*

340. *Probatio enim est rei dubiæ & fit iudici.*

341. *Qui iure suo vtitur nemini facit iniuriam.*

342. *Iura vigilantibus scripta sunt.*

343. *Iura negligentiam & moram non tantùm auersantur sed & puniunt.*

344. *Melius est in tempore occurrere & mederi, quam iniuria accepta vindictam perquirere.*

345. *Præstat intacta iura seruare, quam post vulneratam causam remedium quærere.*

346. *Longè commodius & potius est possidere quam petere, & hinc suadent Dd. vt pro commodo nostro vigilātes aduersarium in possessione præueniamus, vt numer. 347.*

348. *Hæres propria auctoritate possessionem ingredi potest: declaratur num. 349.*

350. *Vis turbatiua & inquietatiua interdicto, vti possidetis, coercetur.*

351. *Vis compulsiua per actionem quod metus caussa purgatur.*

352. *Possessio sicut animo & corpore adquiritur ita non aliter amittitur nisi vtrumque in contrarium actum sit.*

353. *Possessio retinetur solo animo.*

354. *Differentia inter actus possessorios & turbatiuos desumitur ex prioritate temporis.*

355. *Protestatio conseruat ius protestātis & consensum remouet.*

356. *Iudex, ne partes ad arma veniant, prudēter præscribit, quo modo re controuersa, interim dum lis pendet, vti debeant.*

357. *In sequestrum præsertim necessarium non transfertur possessio.*

358. *Possessor Castri, etsi in vno conclaui moretur, tamen totum castrum possidet.*

360. *Res inter alios actæ aliis non præiudicant.*

361. *De remedio adipiscendæ in hac lite intentato.*

362. *Quomodo pronunciandum in possessorio: quomodo in petitorio.*

363. *Sententiæ non sunt numerandæ se ponderandæ.*

364. *Adfertur præiudicium Cam. Imp. ex obs. Mynsing. 93. cent. 6. vbi etsi ab Actore solum possessorium iudicium fuerat institutum, tamen ob probationes etiam in petitorio factas super vtroque iudicio pronunciatum fuit.*

Accepimus nō ita pridem duo responsa, ab amplissima Facultate Iuridica Academiæ Rostochiensis data: quorum primo, ad instantiam Domini Melchioris de Rechenberg, eiusdemque in præsenti Lite Rei conuenti, vndecim capitibus disputant, & voluntiam dictum Reum iustam fouere causam: altero autē, ad instantiam, & transmissionem Responsorum nostrorum pro subscriptione per Dominum Joannem Ernestum Baronem de Sprinzenstein, eundemq; curatorio vxoris nomine Actorem, vellicare, & eludere nostra responsa, quasi iustitiæ congrua non essent, conantur.

Nos in more quidem positum non habemus multis replicationibus, aut apologiis scripta nostra defendere, sed cuiuis libēter concedimus, vt in suo sensu, quantum potest, abundet, sibique & clienti suo placeat: Veruntamen quia responso Rostochiensi secundo prouocati quodammodò & lacessiti sumus, honos noster, quem negligere crudele est, aliud à nobis exigere videtur: ideoq; tempori seruire oportet, &, quę olim iusta esse scripsimus, *denuò repetenda* sunt, atque diffusius ostendendum, quod nisi opinio nostra vel omnia potius iura nos fallūt, rectam viam ingressi simus, & tales decisiones in medium protulerimus, quæ iuri, æquitati, rationi, Doctorum auctoritati, actis deniq; & actitatis conuenientissimæ sunt.

Examinabimus autem vlteriori hac deductione easdem quæstiones, quas memoratis Dominis Consulentibus primo responso examinare placuit: ita namque fiet, vt contrariis iuxtà se positis, beneuolus & sinistro affectu non excæcatus Lector faciliùs & penitiùs dispicere possit, vtra pars propius ad veritatis scopum hactenus collimârit.

Quæstio I.

De bonorū ni hac lite controuersorum, vera & genuina natura, atque qualitate.

Argumentum Quæstionis.

Castrum VVartenbergense cum pertinentiis feudum nunquam fuisse, quamdiu Rechēbergi ei dominati sunt: reliqua bona controuersa fuisse fortè feuda, sed priuilegio familiæ allodialem naturam recepisse: atque adeò in præsenti lite nos versari circa res mere allodiales.

Collegium Rostochiense prima suâ & sequenti tertiâ quęstione in eam maximè curam incumbit, vt ostendat bona controuersa natura sua esse feudalia, non allodialia. Nos è contrario hucusque respondimus, distinguendo, inter Castrum *VVartenberg cum pertinentiis*: & alia bona Georgiano fideicommisso subiecta, nimirum *VVindischboraun*, *Neustat*, *Lindaun*, *Popschyz*, *&c.* Hæc bona ante priuilegium familiæ fuisse fortè feuda: impetrato autem priuilegio feuda esse desiisse. Castrum illud cum pertinētiis nec esse, nec vnquam fuisse feudum, quamdiu in manibus Rechenbergiorum constitit: Adeò vt in præsenti lite versemur circa res merè allodiales; id quod pro fundamento multorum, quæ in progressu huius consultationis dicentur, valdè notandum est.

Et quidem vt à bonis illis, quæ extra Castrum Wartenberg & eius pertinentias fideicommisso Georgiano sunt subiecta, initium capiamus: ex documentis à Domino Reo Exceptioni *sub lit. A & B.* & Duplicis *sub lit. R R.* annexis, & annis *1477. 1497. & 1504.* datis constare videtur, ea aliquando fuisse feudalia. Videtur inquimus: cùm enim in dictis documētis nulla bonorum nomina sint descripta, sed id simpliciter concessum, vt Rechenbergi ibidem nominati in omnibus suis bonis, quæ iure feudi tū temporis tenebant, simultaneam manum haberent, concludenter non definiunt aut probant, hęc ipsa bona, de quibus nunc disputamus, Rechenbergos in specie possedisse, & quidem Iure feudi possedisse: potest namq; esse, vt post hanc manum simultaneam ea demum adquisierint, sicut de dominiis *Beuthen & Thornauu* expressè constat ex *docum. C & D. iuxta Exceptiones:* Vel habuerint quidem eo tempore, qui simultanea inuestitura data fuit, verùm non iure feudi, sed, quod in dubio præsumitur, allodij iure, *per ea quæ iam olim monuimus resp. 3. num. 92. vers. quibus accedit, & num. 93.* Cæterum, vt disceptationes superfluæ quātum fieri potest abscindan-

dantur, damus iam hoc Dominis Consulentibus, quod allegata tria documenta directò & concludenter probent, bona, quę iam in quæstione sunt, fuisse feudalia: succedit tamen mox altera pars nostræ assertionis, videlicet ea progressu temporum feudalem naturam deposuisse & primordialem allodij naturam recepisse.

Probat hanc partem primò, Sigismundi Poloniæ Regis priuilegium, post præfatas inuestituras, nimirũ anno M.D.VIII. Rechenbergis concessum, vbi hæc verba ad propositum leguntur: Erblich vnd ewiglich (sc. zuhaben/ vnnd zuhalten) alle dieselbe Güter zu Erb vnd eigen Rechten/ die wir hiemit (nota, vigore huius priuilegij) alle vnd jedliche in besonders auß Lehen befreyt/ Tochter als Söne frey/ vnd gemachtsamb zubesitzen. Hæc clarissima verba ostendunt omnia bona quæ Rechenbergi tempore impetrati priuilegij vt feuda possederant, in allodia commutata esse: si omnia, ergo & illa de quibus nunc est quæstio, qui enim
1 omne dicit, nihil excludit *L. Julianus respondit. ff. de legat. 3. l. 1. §. quod autem ff. de aleator. L. in fraudem, in fine ff. de testament. milit. Aym. Crauett. cons. 92. num. 4. Nicol. Euerh. iun. cons. 30. nu. 9. vol. 1.* Imò amplius exprimuntur nominatim inter bona libertate isthac donata *VVindischboraun, Neustat & Lindaun,* de quorum natura nunc agimus: vsque adeò vt non tantùm ex generalitate verborum, sed ex specifica nominatione constet, ea allodialem naturam singulari Regis beneficio recepisse: quæ sanè specialitas omnium maximè stringit, cùm plus in esse soleat speciali expressioni quàm ge-
2 nerali, & specialia plus operentur, quàm generalia, *per notata in L. item apud Labeonem, §. hoc edictum, ff. de iniur. in L. sed & si quis, §. quæsitum, ff. si quis caution. in c. bonæ memoriæ, ext. de confir. vtil. vel inutil. & alibi vt tradunt Tiber. Decian. cons. 122. num. 1. vol. 3. & Hermann. Vult. cons. Marpurg. 17. num. 91. cons. 19. num. 115. & cons. 30. num. 25. vol. 3.*

Secundò probat nostram sententiam
3 id, quod omnium calculis receptum est, confessionem videlicet in iudicio factam esse plenissimam probationem & confitenti omnimodò præiudicare, *L. vnic. C. de confess. L. 2. C. de custod. & exhib. reor. l. 1 §. Diuus, & §. si quis vltro, & ibi Dd ff. de quæstion. c. nostra, vbi gl. verb. non diffitetur, & c. fin. ext. de cohabit. cleric. c cum olim, in fin. ext. de verb. signif. cum similib. fusissimè adductis per Ioseph. Mascard. de probat. concl. 344. & concl. 348. vol. 1. Robert. Marant. in specul. part. 6. act. 5. de con-*
4 *fessione, num 21. cum seqq.* maximè si in scriptis, & sic magis deliberato animo facta atque ab aduersario acceptata proponatur, *arg. l. Publia, cũ ibi notat. per Paul de Castr. ff. deposit. & tenent Anton. de Butr. Abb. & Ioan. de Imol. in c. fin. ext. de confess. post hos omnes Nicol. Euerh. iun. cons. 41. num. 25. vol. 1.* At verò certum est, quod Dominus Reus nõ semel, sed aliquoties hoc ipsum, quod nos contendimus, in exceptionibus suis confessus sit, præsertim in narratione facti, vbi hęc verba etiam olim à nobis allata leguntur: Es auch bey jhr Kön. May. so weit bracht/ das alle Söne (Ioannis Equitis) seiner Gebrüder/ so wol Vettern Güter/ auß der Lehens Natur/ vnd Seruitut genommen/ vnd in die Freyheit gesetzt/ vnd zu Erb vnnd eignen Gütern gemacht worden. Ergo confessio ista iudicialiter & in scriptis facta, atque à Domino Actore in Replicis *memb 2.* solemniter acceptata, ita probat & præiudicat, vt nec Dominus Reus contrarium asserere, nec Domini Rostochienses cõtrarium consulendo scribere queant: si modò consultationem suam, prout in præfatione eius profitentur, actis accommodare & iuxta ea respondere volunt.

Tertiò priuilegio tam claro & confessioni tam luculentæ accedit, quod Dominus Reus aut Consulentes ipsius nullam inuestituram aut renouationem (quæ tamen in tanta personarum mutatione sub
5 periculo amittendi feuda necessaria fuissent, *c. 1. quæ fuit prim. caus. benef. amit t. c. 1. quo temp. mil. c. vlt. si de inuest. int. dom. & Vasall. lis. oriat. Iacob. Menoch. cons. 1. num. 42*) monstrare possint, quæ secuta sit familiare priuilegium: recentissima quippe est de anno M. D. I V. atq; adeò quatuor annis antiquior, quàm priuilegium. Ex quo concludimus quod sicut per priuilegium bona mentionata naturam allodij receperunt, *per d. in 1. rat.* ita successu temporum
6 in naturam feudalem nunquam amplius reciderunt: tum, quod pro allodiali qualitate potior est pręsumptio, quam pro feudali, *L. altius & ibi præclarè Anton. de Padill. memb-*

memb. 1. cum seqq. & l. fin. C. de seruit. & aqu. Iul. Clar. in § Feudum, quæst. 18. num. 1. Aluar. Valasc. in quæst. iur. emphyt. q. 51 per tot. Henric. à Rosenth. de feud. cap. 10. concl 41. num. 103. Alexand. cons. 129 num. 1. vol. 1. Crauett cons. 388. num. 6. Nicol. Euerh. iun. cons. 20. num. 25. & 26.
7 *vol. 2. & alij passim.* tum etiam, quia qualitas semel adquisita & cæpta, semper perdurare censetur, donec contrarium doceatur, *c. vlt. de præscript. c. si forte, de elect. lib 6 Ias. in l. clam possidere, in prin. num. 15 ff. de acquir. vel amitt. possess. Ludolph. Schrader. de feud. part. 10. sect. 6. num. 38. latè in nostris terminis, Iacob. Menoch. cons. 1. num. 41. cum multis seqq.*

Ex his facilè quiuis intelligit veram esse nostram sententiam, qua adstruimus, bona, de quibus nunc loquimur, ante priuilegium familiæ feudalia forsan fuisse: priuilegio autem impetrato ad primordialem libertatem venisse; nec vnquam postea ex tali libertate in feudalem seruitutem recidisse.

Videamus iam quale Domini Rostochienses suæ causæ & opinioni subsidium quærant.

Aiunt, opinionem suam quod nempe bona sæpe dicta pro Feudalibus bonis habenda sint, probari inuestituris à Domino Reo productis, & continua serie ac praxi, qua supra hominum memoriam ad solos masculos, fœminis pluribus pluries exclusis, deuenerunt: neque extare exemplum fœminæ admissæ vnquam.

Respondemus, nos ipsis iam hoc dare, quod inuestituræ probent, bona illa feudalia olim fuisse: nos autem mutationem ex priuilegio inuestituras illas subsequente, ex iudiciali confessione, & ex ipso facto vltra centum annos non petitæ inuestituræ aut renouationis demonstrauimus: inuita igitur iurisprudentia & ratione à statu præterito & sublato, ad statum præsentem & priuilegio familiari primi-
8 tus inductum argumentantur. Licet enim etiam non moniti sciamus, mutationem non præsumi; *l. 3. l. eum qui, & l. quingenta, ff. de probation. l. cum hic status § pœnitentiâ ff. de donat. int. vir. & vxor. l. Lucius, ff. de legat. 2. Iacob. Menoch. de præsumpt. lib. 6 præs. 37 per tot. & Ioseph. Mascard. de probat. concl. 1083.*
9 *nu. 1. vol. 2.* scimus tamen & hoc quod probatâ mutatione non debeamus rei naturam metiri ex statu, quem ante mutationem habuit, sed ex statu, quẽ facta mutatione de nouo adquisiuit, *c. ferrum dist 50. ibi, non ergo in eo debet despici, quod fuit: quia iam incipit esse, quod non fuit, l. non distinguemus, § sacerdotio, ff. de recept. arbit. latè Pet. de Ancharan. cons 171. num. 3.* Vbi generaliter dicit, quamlibet rem iudicandam esse secundum præsentem, & nouum statum, qui ei accessit, non autem secundum antiquum, *sequitur Nicol Euerh. iun cons. 19. num. 32 vol 2.* quo loco conuenienter nostro casui cõsuluit, de re olim feudali, sed postea mensæ Ecclesiæ incorporatâ, non esse iudicandum de ea, tanquam de feudo, sed tanquam de re mensali siue allodiali. Et in simili si quis seruus fuit, & postea manumissus, nõ habemus eum amplius pro seruo, sed pro homine libero, *l. cum actum, & l. adquin natura ff. de negot. gest tit. Instit de libertin. tit ff. de manum. vind. cum simil lib.*

Ex hoc fundamento ruunt generales illæ regulæ, quibus inuestituras pro sua intentione allegatas operosè exornant: ori-
10 ginem & initium cuiusq; rei inspici oportere, indeque de re ipsa iudicium faciendum esse, *l. 1 ff. de orig iur. l Pomponius ff. de*
11 *negot gest.* inuestituram primam præcipuè attendendam, *c 1 verb inuestituræ tenorem, cum ibi à feudistis notat. de duob fratrib. à Capi-*
12 *tan. inuestit* à primordio tituli posteriorem formari euentum, *l. 1. C de imponend lucrat. descript. lib 10.* quia cum ista omnia ex temporis præsumptione solummodò dependeant, *vt tradit Nicol. Euerh. præs. in Top loc.*
13 *à tempo. ad tempus, nu. 4. cum seqq.* & præsumptiones admittant probationem in contrarium, *l fin in prin ff Quod met. caus l nuptura in fin. ff. de iure dot. l. si chirographum, ff. de probat* nos porrò iam pbauerimus contrarium, hoc est mutationem interiectam per priuilegium familiæ, fit, vt iudicium ferre debeamus de natura rerum, iuxta illum statum, quem mutationis tempore de nouo acceperunt. Hic namque verum, &, vt ita loquamur, positiuum est initium, quod inspiciendum, & ex quo de rerum qualitate iudicandum est.

Non obstat si dicas inuestituram primam, ex qua agnatis ius quæsitum est, mu-
14 tari non posse: quia huic obiectioni fusissimè olim satisfecimus, *resp 3. num. 82. cum*

aliquot seqq. nimirum posse eam mutari,
15 quoties Domini & agnatorum consensus
mutationi accedunt: & hunc consensum
afficere non tantùm agnatos tunc viuen-
tes & consensum præbentes, verùm etiam
successores eorũ, tam immediatos, quàm
mediatos, *textus, & Dd. in c. vnic. an agnat.*
vel fil. in c. vnic. qui fec. fin. agnat. & in c. 1. in
princ. de alienat. patern. feud. facit Vulg. l. si quis
in conscribendo, C. de pact. Hermann. Vult. lib. 1.
de feud. cap. 11. num. 9. vbi docet quomodo
feudum conuentione contraria eorum,
quorum interest, extinguatur.

Non obstat, etiam, quod adiungunt a-
bolitis inuestituris, in masculos bona con-
trouersa semper translata esse: neque pro-
ferri posse exemplum fœminę aliquando
admissæ: dato enim rem ita se habere, ta-
men id non propterea factum est, quod
natura bonorum feudalibus regulis aut a-
lio vinculo necessitante ligata hoc postu-
labat: sed quia possessores semper testa-
menta condiderunt, designatis, qui vel iu-
re directo vel per fideicommissum succe-
16 derent: igitur cùm tritum sit & vulgare,
neminé, ius suum amittere, qui eo etiam
per mille annos vsus non est, modò casus,
quo vti potuisset, non euenerit, *l. vnus ex*
sociis, §. fin. cum l. seq. ff. de seruit. prædior. rustic.
Carol. Tapia, in l. vlt. part. 2 cap. 1. n. 10. vbi &
alij Dd. ff. de constit princ. Cc. in c. cũ accessissent,
extr. de constitut. And. Gail lib. 2. obs. 60. num. 1.
vers. limitatur ista conclusio, Francisc. Balb. de
præscriptionib. 4. part. princip. q. 14. numer. 17.
efficitur, nec fœminas quamlibet centum
annis testamentariis dispositionibus su-
spensas ius succedendi amisisse, quod ipsis
vel ab intestato vel ex fauente ipsis volun-
tate possessorum vltima hodie competit,
vel deinceps competiturum est.

Neq; cogitur Dominus Actor osten-
dere, quod intra centum annos fœmina
aliqua admissa sit: sed satis est docere, bo-
na talia esse, ad quæ consequenda fœminę
sint habiles: item probare à testatoribus ad
successionem fœminas vocatas: denique
impedimentum, quod hactenus fœmina-
rum successioni obstiterat, remotum esse;
potiùs ab aduersa parte probandum foret,
factum aliquando, vt Rechenbergius ali-
quis sine testamento decesserit, filiabus
tantùm, ex vna, & agnatis collateralibus,
ex altera parte, relictis: & hoc casu agnatos
filiabus prælatos esse: quod ita euenisse,
neq; hactenus probatum est, nec vnquam
probabitur.

Porro quemadmodum Domini Con-
sulentes opinionem suam malè probant:
ita partim malè partim omnino non re-
spondent ad nostras rationes.

Ad primam eamq́ue principalem ex
priuilegio familiæ desumptam dicunt pri-
17 mò: feudum in vna qualitate alteratum, in
cæteris non alteratis naturam suam pristi-
nam retinere, *c. vni. de feud. non hab. prop.*
nat. feud. And. Fachin. in simili, lib. 7. controuer.
18 *cap. 57. Ludouic. Roman. cons. 70. num. 5.* hic ve-
rò feuda alterata tantum esse in ea qualita-
te, qua libera eorum alienatio permittitur,
contra text. in cap. vnic. Ex quibus caus.
feud amitt. in c. vnic. de prohib. feud. alienat. &
19 *passim, in vsib. feudor.* alteram autem quali-
tatem, vt masculi fœminis præferrentur,
retinuisse, *iuxta text. in c. vnic. §. fin. de succes-*
sion. feud. in c. 1. §. et si clientulus, de alien. feud.
c. 1. §. similiter, vers. profectò, de lege Corrad.
cum similib. Sed replicamus, verba priuile-
gij suprà allata euidentissimè demonstra-
re, feuda Rechenbergiorum non fuisse al-
terata tantũ, sed prorsus mutata, seu, quod
idem est, in bona allodialia conuersa. Le-
gant Domini Rostochienses illa verba, at-
que dent veritati locum. Et quamuis idem
priuilegium disponat, vt masculi fœmi-
nas (in successione videlicet ab intestato)
præcedant, tamen hæc qualitas sicut inest
plerumque feudis, ita etiam allodiis inesse
potest. Exemplum præbent statuta fœ-
minarum exclusiua, quæ statuta, licet bo-
20 nis iniiciant qualitatem iuri communi nō
conuenientem, *l. maximum vitium, C. de li-*
ber. præterit. tamen ex bonis aliâs allodiali-
bus feuda nō faciunt: ita nostro casu, post-
quam Rex Sigismundus feuda Rechen-
bergiorum in libertatem allodialem asse-
ruit, auß Lehen befreyt/ etiamsi subiungat,
fœminas per masculos debere à successio-
ne excludi, id tamen non ideò fit, quasi
vellet flare & sorbere simul, id est, bona li-
bertate donare, & mox feudali seruituti i-
terũ subiicere: sed quod bona libera qui-
dem esse velit, adiuncta tamen conditio-
ne seu qualitate masculinitatis, quæ fœmi-
nas debeat suis casibus à successione exclu-
dere.

Secundò respondent ad iam dictam primam rationem, cum ad id, vt alienatio bonorum illorum liberè fieret, speciali priuilegio opus fuerit, intellectu facillimum est, fuisse bona illa ante nulli alienationi obnoxia, atq; adeo feudalia. At quid tum postea? nos vltrò fatemur fuisse hæc bona olim, id est, ante priuilegium familiæ, feudalia: obtento autem priuilegio cessarũt esse, & ad primæuam allodialium naturam redierunt, vt iam comprobauimus: neq; vnquam à præterito ad præsens arguere licet, si intermedia mutatio probata existit, *d c. ferrum, 50. dist. Nicol. Euerh. Præs. in Topic loc à tempore ad tempus, num. 2.*

Tertiò repetunt qualitatem masculinitatis priuilegio familiari retentam, quæ cum certissima feudalium rerum nota sit,
21 consequens esse, hoc priuilegium feudorum naturam non corrupisse, sed alterasse duntaxat. Verùm iam à nobis ostensum est, qualitatem illam nõ esse certam, multò minùs certissimam feudi notam, cùm à feudis possit abesse: vt communiter tra-
22 ctant de feudo franco, *Iul. Clar. in §. feudum, q. 73. num. 7. Hermann. Vult. lib. 1. de feud. c. 9. num. 41. Hartm. Pistor. lib. 2. quæst. iur. part. 2. q. 34. num. 32. & est text. in c. si cui militi, in c. extraord. quem text. Cuiac recenset lib. 4. feu-*
23 *dor. tit. 104.* item de aliis feudis, quæ ex naturâ suâ, vel pacto, aut consuetudine ad fœminas transeunt, *c. 1. vers. ad filias verò, de success. fratr. c. 1. de natur. success. feud. c. vnic. §. penult. de success. feud. c. 1. Quemad. feud. ad fil. pertin. latè Vult. d. c. 9. num. 39. cum multis seqq. & Pistor. d. q. 34. num. 12. cum seqq.* & retrò allodiis possit adesse: vt dedimus exemplũ de statutis fœminas excludentibus: & alia non minus illustria exempla de lege 12. tabularum, de maioratibus, fideicommissis familiæ, pactis gentilitiis, &c. passim occurrunt: ac proinde locum hîc obtinet regula: non probat hoc adesse, quod ab hoc
24 contingit abesse, *l. neque natales, C. de probation. & l. non hoc, C. vnd. legit.*

Ad secundam & tertiam decidendi rationes, de confessione Rei, & intermissæ renouationis inuestiturarum post familiare priuilegium, nihil dicunt, sed responsiones quasdã subnectunt ad priuilegium prouinciale: ad id, quod Eques auratus suasor & impetrans fuerit huius prouincialis priuilegij: & ad illam Domini Rei opinionem, quam in actis defendit, quod priuilegium familiæ fideicõmissum contineat. Sed quoniam ista huius loci non sunt, nec iis nostra sententia innititur, refutatione opus non habent. Atq; sic, cùm nihil adferant, quod probet, bona primo capite huius quæstionis specificata esse feudalia: nihil etiam habeant, quod ad inuictas nostras rationes respondeant: manet inconcussa sententia nostra, qua bona ista allodialia esse constanter asseueramus.

Sequitur nunc secundum caput quæstionis, quo contendimus Castrum Wartenbergense, vnà cum pertinentiis, nunquam fuisse feudum, quamdiu Rechenbergi ei dominantur & possident.

Probationem euidentem & indubitatam subministrat instrumentum venditionis anno M. D. XVI. celebratæ, & per Regem Hungariæ Vladislaum eodem anno confirmatæ: cuius instrumenti tenor iuxta Domini Rei Exceptionem *sub lit. F. num. 1.* deprehenditur: exque eo, ita clarè colligitur, quod Ioanni Equiti & Nicolao Castrum illud, cum omnibus pertinentiis, pro se, hæredibus & quibuscunq; iam dictum instrumentum iustè tenentibus, in allodium venditum sit, vt cæcus esse debeat, quicunque hoc videre non possit. Vt enim paucos tantùm locos adferamus: quid sonant verba ista, zu Erb vñ eigen verkaufft: Ein vnwiderʃäglicher erblicher Kauff: Ihr Erb vnd eigen gekaufftes Gut: jhnen jhren Erben vnd allen dises Brieffs (notantur extranei possessores, qui à feudis, vti omnes norunt, reiiciuntur) rechtlichen Inhabern: quid sonant inquimus, quam Dominium allodiale? vsque adeo vt superfluum sit, quidquid in tanta luce pro sententia nostra disputatur.

Et quid Domini Rostochienses in re tam manifesta? latebras nimirum capite tertio sui responsi quærunt: atque leuissimis quibusdam coniecturis solem, qui in instrumento emptionis lucet, obscurare se posse, sibi, non aliis persuadent.

Prima eorum coniectura & argumentum est, quod Castrum Wartenberg in literis venditionis vocetur ein Rittersitz: vnde colligimus, aiunt, Castrum illud naturâ

25 suâ feudale esse: est enim argumentum à notatione in iure nostro probabile & verisimile, *§. hoc autē, vers. sed quia. I. quib. mod. testam. infirm. Dd. in l. 2. §. appellata est, ff. de reb.*
26 *credit.* item lex seruitij iniecta est iisdem literis huic Castro, vt possessor quatuor instructis equis seruiat: quæ seruitij lex rursum feudi nota est, *text. in cap. 1. in quib. caus. feud. amittat. & Dd. nonnulli apud Hermann. Vult. lib. 1. de feud. cap. 6. num. 13.*

Respōdemus ista nimis infirma esse, ad hoc, vt totum tenorē pręfati instrumenti, de allodio loquentis, euertant. Nam ver-
27 bum Rittersitz/ suâ proprietate nullo modo feudū denotat: sed arces & Castra, quæ nobiles iure & prærogatiuâ nobilitatis possident, aut possidere possunt: ac vbiq; gentium nihil est frequentiùs, quam vt Castra huiusmodi nobilia, adeliche Güter / vel ꝗ idē est, Rittersitz/ inueniantur propria; hoc est, nemini per modum feudi subiecta, sed libera & allodialia. Vnde quamuis Castra ista nonnunquam etiam feuda sint, inde tamen vniuersaliter concludere non licet: quędā Castra nobilia sunt feuda; ergò om-
28 nia sunt feuda. Et hoc est quod Dd. scribūt, etiam Ducatum, Comitatum, Baronatum, (quid ni etiam aliud Castrū nobile?) præsumi, quod liberè possideatur à Duce, Comite, Barone, & non in feudum, etiamsi talis sit sub aliquo superiore, verbi gratiâ, Rege, Imperatore, aut alio superiorem non recognoscente, *c. significauit, vbi Bald. & alij, ext. de rescript. Hosti. & Ioan. And. in c. fin. verb. respondere, ext. de iudic. And. Alc. reg. 2. præsumpt. 3. n. 2. Aluar. Valasc. q. 51. n. 2. & q. 8. n. 20. & 42. vers. quinta conclusio, de iur. emphyt. Ioa. Oros. c. in l. 4. n. 3. ff. de rer. diuis. Ant. de Padill. in l. altius n. 3. C. de seruitut. & aqu. Henr. à Ros. de feud. cap. 10. conc. 43. n. 27. ibi;* res poti⁹ allodiales quam feudales præsumuntur, etiamsi comitatus aut iurisdictiones sint; *sequitur notanter Iacob. Menoch. cons. 2. n. 270. & Soci. sen. con. 67. Visis inuestituris, col. 4. vers. nec obstat quod prædicti nobiles, vol. 1.* & hîc igitur Castrum, der Rittersitz Wartenberg/ non ob hoc solum, quod Castrum nobile est, & vocatur, feudum erit, sed potius allodium.

Eādē facilitate tollitur id, quod de seruitiis adfertur: nam & hæc nō tantum iure
29 vasallagij præstantur, sed etiam iure subiectionis: & hoc in dubio præsumitur potius, quam illud. Quod si, *ait Padill. d. nu. 3.* Duces aut Comites Principem aliquibus officiorum muneribus fuerint prosecuti, illa videtur illi obtulisse, vt Principi superiori, non vt ab illo in feudum se illa possidere restarentur, *arg. text. opt. in l. nō dubito, § liber autem, vers. hoc enim adiicitur, ff. de captiu. & postlim. reuers.* idq; ipsæ literę venditionis insinuare videntur, dum dicunt seruitia supradicta esse præstanda, zu befürderung gemeiner Landsnot/ defensio namque regionis ad subditos Vnderthonen vnd Landsassen maximè pertinet. *Andr. Gail, in tract. de arrest. imper. cap. 7. n. 10.* Constat præterea quod seruitia non sint de feudi substantiâ,
30 sed de naturâ solummodo; quæ proinde pacto determinari, vel planè remitti possunt, saluâ nihilominùs feudi substantiâ, *Isern. in c. vn. in fin. quib. mod. feud. amitt. & in cap. 1. §. similiter, de capitan. qui cur. vendidit, Math. de Afflict. decis. 310. nu. 4. Andr. Knich. de vestitur. paction. cap. 5. n. 23. Roland. à Val. cons. 1. n. 8. vol. 4. Tib. Deci. cons. 19. nu. 202. vol. 3. Curt. iun. in tract. feud. part. 1. q. 7. num. 1. Vult. contra alios à se allegatos differēs in d. lib. 1. de feud. cap. 6. n. 13. vers. alij vero contra sentiunt.* vnde hęc sola feudum non probant, *arg. d. l. neq; nata-*
31 *les, vbi Bald. C. de probat. & d. l. non hoc, vbi similiter, Bald. C. Vnd. legit.* cum probatio de-
32 beat de necessitate concludere, *c. in præsentia, cum ibi notat. ext. de probation. Nicol. Euer. iun. cons. 39. nu. 39. vol. 1. & cons. 44. nu. 19. vol. 2. Bald. in l. per hanc, C. de temp. & reparat. appel.* vbi more suo cum mysterio ait, probatio-
33 nem incertā nomen probationis non mereri, sed noctis tenebris assimilari, in quibus omninò nihil videtur. Videant igitur Domini Rostochienses, annō clarissimus tenor totius instrumēti venditionis, aliud nihil, quam allodium cantans, præferendus sit ipsorum non concludenti probationi quam à nobilitate Castri & seruitiis desumunt.

Sed pergamus cū ipsis ad secundū argumentū: Rex Ferdinandus in confirmatione sua super Castro Wartenberg, *sub lit. G. apud Exception.* initio statim vtitur verbo, belehnet/ item circa finem reseruat sibi, die Lehendienst vnd Lehenpflicht/ id est, seruitia & feudalitatem feudisticam: quo ipso nihil videtur posse dici apertius, quā vt hoc Castrum feudalibus bonis accenseamus,

34 cum fidelitas feudistica seu vasallagij sit
de substantia feudi, & feudum non possit
esse, vbi non est talis fidelitas, nec talis fi-
delitas possit esse, vbi non est feudum,
*Moz. in tractat. de feud. tit. de substant. feud.
num. 1. VVesenbecc. de feud. cap. 8. num. 9. Curt.
iun. de feud. part. 5. num. 2. vers. ista ergo. Her-
man. Vult. lib. 1. de feud. cap. 6. n. 8. vers. quatenus
autem, Tiber. Decian. cons. 19. num. 202. vol. 3.*

Huic argumento vt satisfiat, sciendum
35 est, verbum *inuestituræ* bifariam accipi.
Primò generatim pro concessione posses-
sionis; sicut è contrario *disuestituræ*, ver-
bum pro priuatione possessionis. Qui
enim alicui rei possessionem concedit, is
illum ea possessione tanquam veste indu-
ere, & è contrario, qui priuat, ceu veste ex-
uere videtur. Vt hinc inuestituram in ge-
nere vocemus quemlibet actum, quo pos-
sessio alicui conceditur, quocunque iure,
& cuiuscunque demum iuris respectu id
fiat, *text. in c. proposuit, extr. de conces. præben.*
vbi inuestitura de præbenda facta est, quā
ob id feudalem nemo facile dixerit, *glos.
in princ. l. de verb. obligation. in verb. firmum.
Hermann. Vult. lib. 1. de feud. capit. 7. numer. 5.
And. Alciat. resp. 199. num. 33.* Secundò & spe-
36 ciatim vox *inuestituræ* ita vsurpatur, vt do-
ctrina feudalis sibi fecerit quasi peculia-
rem; denotatur namque ea modus ille ve-
rus & vnicus, quo feuda constitui solent,
*Ias. in prælud. feudor. num. 12. vers. item inuesti-
tura, Curt. iun. part. 2. q. 4. num. 14. Zas. p. 6. nu.
5. 6. & 24. Moz. de subst. feud. num. 33. Vult. d.
loc. num. 4. & 6.*

Hinc cum verbum *inuestire* varios si-
37 gnificatus contineat, fit, quod feudum de
necessitate non importet, *vt præclarè scri-
psit Iacob. Menoch. cons. 1. num. 24. cum seqq.
& cons. 2. num. 268. cum seq. & in resp. pro Repu-
blic. Genuens. 4. articul. numer. 33.* sed subiecta
38 materia cumprimis inspicienda sit; quæ si
feudalis est, etiam *inuestituræ* nomen spe-
ciatim accipiatur: sin vero est allodialis,
accipiatur generatim, pro possessionis
concessione, eiusdemuè confirmatione,
*arg. text. in l. ex conducto, §. si vno, alias l. si v-
no ff. locat. in cap. solitæ. vbi C. ext. de maior. &
obed. Nicol. Euerh. præs. qui plures citat, in loco
à subiecta materia, num. 1.* in proposito igitur
nostro quandoquidem castrum Warten-
berg, vt comprobauimus, est allodium,
quando Ferdinandus Rex confirmatio-
nem Ludouici Antecessoris sui appellat
inuestituram, **belehnet** / hoc nomen non in
specifico, sed ob subiectam materiam in
generali significatu necessariò exaudien-
dum est: idque eo magis, quod ponatur in
allegato instrumento relatiuè ad confir-
mationem Ludouici Regis, *apud except.
sub, G. numer. 2.* cui etiam confirmatio ista
verbotenus inserta est: ita enim ait Ferdi-
nandus, **hat vns ein glaubwürdigs** vidimus
(confirmationem Ludouici) **welcher mas-
sen er** (Ioannes Eques) **vnd sein Bruder Ni-
col. von vnsern Vorfahren König Ludwigen
belehnet/ begnadet vnnd aller seiner** priuile-
gien **bestettigt sey/ vorgelegt/** hoc est, *produ-
xit coram nobis Ioannes Eques copias in formā
probante, quibus continetur quo modo & ratio-
ne ipse & frater eius à Rege Ludouico fuerint
inuestiti, &c.* Quod si iam quæras de modo
inuestiendi obseruato à Rege Ludouico,
inuenies alium non fuisse, quàm quod cō-
firmauerit mentionatis duobus fratribus
eorumque heredibus & alijs successori-
bus emptionem castri Wartembergensis,
nach inhalt vnd vermög eines Briefs (intel-
ligit instrumentum venditionis Vladislai
Regis) **deßhalben darüber volenzogen**; inue-
uestitura ergo Ludouici, quam refert Fer-
dinandus, nihil fuit aliud quàm confirma-
tio possessionis, per duos fratres titulo
emptionis ab Vlatislao Rege obtentæ: &
sic cum confirmatio ista relata non fuit
inuestitura feudalis, sed cōcessio tantum,
vel potius renouatio concessionis de pos-
sidendo Castrum Wartenberg, & quidem
iuxta emptionis contractum iure allodij:
certè nec confirmatio Ferdinandi referēs
de inuestitura feudali intelligi poterit, per
39 vulgares doctrinas, quod relationes ad ea
duntaxat pertinent, quæ in relato expres-
sa reperiuntur, vltra verò illa nihil noui
introducant aut operentur, *Bald. Roman.
Deci. Bero. & alij apud Hartman. Pistor. lib. 3. q.
iur. q. 29. nu. 26. & seq. Herm. Vult. cons. Marp.
15. num. 44. vol. 1. vbi dicit,* relationem latiùs
vltra mentem & intentionem referentis
nunquam extendendam esse, *allegat l. si
paterfam. §. qui duos, & ibi Bald. ff. de adopt. l.
debitor §. si ff. de SCto. Trebel. § fi. I. de codic. l.
fin ff. quemad. seru. amit. & l. Nesennius, § fun-
di, ff. de re iudic.*

Quod attinet verba Lehendienste/vnnd Lehenpflicht/ *seruitia feudalia*, & *fidelitas feudalis*, ignoscant nobis Domini Rostochienses, si dicamus, eos verba captare, & coniunctim legere, quę legere debuissent disiunctim. Ferdinandus enim Rex non reseruauit sibi Lehendienst vnnd Lehenpflicht/ quasi ex bonis feudalibus: sed distinctè legendum est, Lehen/Dienst/vnd Pflicht/ id quod ex stylo Curiarum, immò ex omnibus propemodum concessionibus & confirmationibus Regiis apud acta præsentis causæ positis euidenter apparet; stylus au-
40 tem Curiarum obseruandus est, *text. in c. in literis, de constit. & ibi Dd. & in c. 2. de præbend. lib 6. latè Felin. in c. 2. nu. 16. de rescript. And. Gail. lib. 1. obs. 1. num. 1.* Lehen hoc loco non significat feudum: sed ius inuestiendi, siue dandi, aut confirmandi possessionem. Seruitia absq; aliis adminiculis feudum etiam non arguunt, *per allegata supra*
41 *num. 30. & 31.* Vt nec fidelitas generatim: quæ non semper iure vasallagij, sed etiam iure subiectionis præstatur à subditis Domino territorij, *latè Hermann. Vult. lib. 1. de feud. cap. 6. num. 5. 6. & 7. & Tiber. Decian. cons. 19. num. 169. vol. 3.*

Deinde feramus dictiones, Lehendienst vnd Lehenpflicht/ accipiendas esse in sensu quem Rostochienses eis affingunt: tamen
42 quia apponuntur in clausulis, vt vocant, executiuis & accessoriè, nihil operantur, nihilque disponunt, nec vlla ratione emptionem venditionem sub expressa qualitate allodij celebratam alterant: *in terminis Iacob de Sanct. Georg. in tract. feud. verb. inuestiuit, num. 10. vers. non obstant etiam, Vdalr. Zas. in epit. feud. part. vlt. nu. 26. & Iacob. Menoch. post Paris. Deci. Socin. & alios, d. cons. 1. num. 27. & d. cons. 2. num. 269.* Nam clausulæ istæ & verba enunciatiuè saltem, & qui-
43 dem per modum conditionis, principali dispositioni adiunguntur, nimirum, si quid fortè iuris feudalis eiusmodi bonis inhæreret: id quod non ex verbis istis conditionalibus & enunciatiuis, sed aliunde probandum est; neq; enim ex eo, quod concedens reseruauit sibi ius feudi, si quod habet in bonis, efficitur, bona esse feudalia: conditio, vt omnes sciunt, nihil disponit, sed dispositum, vel disponendum suspendit, ac in euentum futuri casus & probationis differt; *l. si quis sub conditione, ff. si quis omiss. caus. testam. § ex conditionali, l. de verb. obl. l. cedere diem, vbi notat. ff. de verb. signif. Bartol. ad l. 1. ff. de condit. & demonstrat. Francisc. Mant. de coniect. vlt. vol. lib. 5. cap. 2. num. 3. Roland. à Vall. cons. 71. numer. 67. vol. 3. Ioan. Goedd. cons. Marp. 26. num. 116. vol. 1.*

Tertium argumentum, quo monstrare nituntur Castrum Wartenberg esse feudum, est *ex docum. apud Exception. sub. lit. G. numer. 1.* vbi Præfectus Regius inuestit Georgium de Rechenberg, successorem Equitis aurati, in illo Castro, & seruitia fidelitatemque rursus reseruat; & huc pertinere aiunt etiam alterius Regij Præfecti confirmationem *sub lit. H. num. 3.* nam eo loco Præfectus ille scribit, se confirmationem petitam dare super bonis feudisticis & allodialibus, & statim specificat bona Wartenbergensia; adeoq; secundum scripturę ordinem, bona illa ostendit esse feudalia: prima enim mentio est bonorum feudisticorum, ideoque primum quoque
44 exemplum eo referri necesse est, *l. cum de Lanionis, § 3. ff. de instruct. vel instrum. legat. l. si seruus plurium, in fin. ff. de legat. 1.*

Ad documentum prius eadem est responsio, quam modò dedimus ad confirmationem Regis Ferdinandi. Et in memoriam reuocandum est, quod habet statutum Nobilitatis Glogouiensis, quod omnes alienationes, etiam bonorum allodialium, debeant fieri cum præscitu & voluntate Præfecti Regij, mit Wust/Willen vnd Zulassen Kön. May. Herrn Haubtleuthen/ vt verba statuti sonant, *apud Replic. lit. Bb. art. 1.* Loco probationis consensus dati, dantur à Præfectis Regiis instrumenta, quibus profitentur, quod alienationem ratam gratamq; habeant, & eum, in quem transfertur res, inuestiant, hoc est, possessioné concedant, aut certè confirment: quod illis in locis vocant, vorreichen/vorleihen/vel etiam vorlehnen. Tale instrumentum est illud, quod Regius Præfectus Georgio de Rechenberg ratione Castri Wartenbergici dedit, quando ex testamento Equitis aurati ad eum deuolutum est: ait ibi Regius Præfectus bis, leihen vnnd vorreichen/ item leiche/lenge/reiche/bestetige/ ex quo apparet, quod ista ex stylo Cancellariæ sint synonima, atque adeò quod verbum, lei-

chen/

chen/ non significet inuestituram feudalem, sed generalem illam confirmationē & concessionem, quam Præfectus de quibuscunque bonis impertiri ex statuto solet. Idque vel maximè etiam inde colligitur, quod Præfectus aliquoties dicit, se cōfirmare possessionem Georgio eo modo, quo Ioannes Eques possedit, & iuxta confirmationes priores de Castro isthoc editas: ergo quandoquidem Ioannes possedit Castrum iure allodij, & confirmationes præcedentes, Vladislai, Ludouici, & Ferdinandi Regum, de allodio loquantur, certè etiam hæc concessio aliter intelligi non debet.

Posterius documentum apud acta non habemus: & allegatur etiam sine die, & consule, id est, non exprimitur, cui datum sit, & an Exceptionibus, an vero Duplicis sit annexum: imò *lit. H. num. 3.* nec apud *Exceptiones*, nec apud *indicem docum. ad Duplicas* habemus. Posito autem reperiri apud acta tale instrumētum sanè non continebit aliud, quàm concessio Georgio de Rechenberg facta, & similes, quæ à Præfecto Regio quotidie extrahuntur; ad quam proinde iam datæ responsiones repetendæ forent, *vulg. l. illud quæsitum est, ff. Ad l. Aquil.* & est valde infirmum, quod à

45 ratione ordinis & verborū inducunt, *arg. l.*
46 *datiuus, vel testamentarius, ff. rem pupil saluam fore: l. nec enim ordo, ff. de solution. l. cum pater, §. fidei tuæ, vers. nam ordo scripturæ, de legat. 2. l. quidam in testamento, ff de pecul. legat. Bartol. in l. 1. § prius num. 7. ff. de vulg. & pupill. substit.* adeò vt indignum sit, in re graui, contra tam manifestam, & omnibus obuiam dispositionem circa emptionis contractum super bonis Wartenbergensibus, somnia huiusmodi in medium adferre.

Quartum argumentum: Dominus Reus de bonis Wartenbergensibus, velut de rebus feudalibus, legitimè est inuestitus, *5. Septemb. anno M. D C. X I. sub lit. xx. apud Duplic.* Qui Reus à Cæsare, Principibus, Præfecto Regio, & ipsomet Actore Dominus & Possessor Castri Wartenbergensis sæpè audiuit, *vt probant documenta sub H I. K. & M. apud Duplic.*

Sed respondetur, illam inuestituram
47 nec Reum iuuare, nec Actori nocere. Primò quia lite pendente impetrata est, *contra text. in c. 1. & adhuc clariorem text. c. fin. ext. Vt lite pend. nihil innouet. gloss. in c. causam quæ. verb. nouiter, ext. de testibus, & in c. 1. verb. litigiosæ, ext. de confirm. vtil. & inutil.*
48 Secundò quia processit ex falsâ caussâ ad suggestionem Domini Rei, quasi feudalia essent bona controuersa, cum tamen sint allodialia: non valere autem concessionem ex falsa causa obtentam in confesso est, *c. ad nostram, & c. porrecta, ext. de confirm. vtil. vel inutil. faciunt in argumentum, l. 1. & 2. C. si ex falsi. instrum. vel testib. iudic. fit. Andr. Gail. lib. 2. obs. 1. n. 18. & grauiter Impp. in l. & si legibus, C. si cont. Ius. vel vtil. public.* Tertiò, quia expresè ei inserta est clausula
49 Menigklichen beweißlichen Rechtens vnschedlich/ hoc est, sine præiudicio cuiuscunque tertij, quæ clausula Domini Actoris ius conseruat illæsum, *idem Gail. d. obs. 1. nu. 14.* Quod Reus Dominus, & Possessor Castri Wartenbergici audiuit, ad rhombum omninò non facit. Quid enim? Sequiturnè Reus Dominus & Possessor Castri Wartēbergici fuit appellatus, ergo hoc Castrum est feudum.

Quæ cùm ita sint, quod instrumentum super venditione Castri Wartenbergici clarissimè euincat, fratres Rechenbergos iure allodij Castrum hoc adquisiisse: quod item coniecturæ Dominum Rostochiensium in re tam aperta tantum pondus non habeant, ad hoc, vt probent, dictum Castrum feudale esse; stat Castrum istud, vt & alia omnia bona Georgiano fideicommissō subiecta, sui naturâ esse allodialia: Atque hæc est decisio primæ quæstionis.

Quæstio II.

De vero sensu articuli priuilegio Rechenbergico inserti quo libera bonorum alienatio permittitur, & simul fœminæ, extantibus masculis, à successione arcentur: & an articulus iste per superueniens priuilegiū Nobilitatis magnæ Glogouiæ ex parte sit abrogatus.

Argu-

Argumentum.

Verus sensus articuli istius est: quod bona liberè liceat in quasuis personas transferre, tam per contractus inter viuos, quam per vltimas voluntates: casu autem quo nulla alienatio facta proponitur, quod ab intestato ad masculos extantes, fœminis exclusis, deuoluantur. Hoc sensu retento, perinde est, siue dicas articulum istum quoad prærogatiuam masculorum sublatum esse, siue neges: quippe cum Dominus Actor circa causam testati versetur. Quod si cum parte aduersa iam dictam prærogatiuam etiam ad testati causam inuito iure quis extendat, rectè occurres, eam per superueniens priuilegium Nobilitatis abrogatam esse.

Agunt Domini Rostochienses de sensu priuilegij Rechenbergici, quoad articulum dispositionis & successionis circa bona, prima sua quæstione, in §. & si quis priuilegij Regij, suntque profectò valdè suaues, dum articulum illum, vbi alienandi facultatem concedit, & masculorum prærogatiuam simul inducit, ita interpretantur: vt alienatio in casibus necessitatis, & vtilitatis duntaxat permissa censeatur: extra hos autem casus bona ad familiam sic constringi & alligari, vt masculorum in infinitum prima sit successio, & istis deficientibus fœminæ demum admittantur.

Nollemus sanè hanc interpretationem clarissimo Collegio excidisse. Age enim adferamus verba priuilegij, & videamus, an ad dictos casus speciales possint coarctari, an potius sine vlla restrictione alienationem concedant absolutè liberam, & illimitatam. Verba, quæ ad rem faciunt, sunt ista: Verkauffen/ vergeben/ verwechßlen/ damit gantz mächtig zuthun vnd zulassen/ für vns/ vnsere Erben/ vnnd sonst meniglich gantz frey/ vnnd vnuerhindert in aller massen/ vnd Freyheit/ vnnd als wir dieselbsten/ als ein freyer Fürst zu Glogaw ohne allen Abbruch/ vnd Verminderung halten/ oder halten möchten. Iste tam effusus sermo & alienãdi concessa potestas, nulla verisimilitudine, & ratione ad casus speciales necessitatis aut vtilitatis restringi potest: sed vim facit verbis, & concedentis menti per verba declaratæ, quicunque ea ita truncat, atque in angustum deducit. Quid enim clausula illa? gantz mächtig zuthun/ vnd zulassen/ *plenipotenter*, vt ita loquamur, siue *omninò liberè, & in omnimoda facultate facere suum velle, aut nolle*; vel quod cũ eo coincidit, *quidquid placuerit*. Quid illa? frey vnd vngehindert/ *liberè & citra impedimentum, siue contradictionem nostram, hæredumq́ nostrorum, & quarumcunque personarum*. Quid illa denique? In aller massen vnd Freyheit/ *eodem planè modo, & cum eadem libertate, prout nos tanquam liber princeps illa bona absque vlla diminutione teneremus, aut tenere possemus.* Sanè non potest excogitari maior energia, & vis, qua absoluta, & plena potestas alienandi describatur, quàm hæc ipsa, de qua sermo est, adeò vt generalitas, seu potiùs vniuersalitas hæc ad omnes alienãdi species, & causas iure meritissimo pertineat, nec vllis cancellis includenda sit, argumento
50 eorum, quæ de sermone generali & potissimum vniuersali, qui maximè operari dicitur, infinitis locis tradita sunt, *l. 1. §. generaliter, ff. de legat. præstand. l. item apud Labeonem, §. generaliter, ff. de iniur. l. semper specialia, ff. de regul. iur. l. vlt. in fin. C. de dot. promiß. Nicol. Euerh. Præs in loc. à generalitate, num. 2. Hartman. Pistor. lib. 2. quæst. iur. part. 2. q. 20. nu. 10. & latiùs d. part. 2. q. 19. num. 61. cum seq. Philipp. Dec. in l. omnia, in princ. ff. si certum pet. Andr. Tiraquell. in l. si vnquam, in præfat. num. 117. & seq. Matth. de afflict. decis. 285. num. 13. Aym. Crauett. cons. 290. num. 4. & cons. 308. nu. 3. Tiber. Decian. cons. 35. num. 47. & seq. M. Ant. Natt. cons. 340. nu. 12. & 19. Herman. Vult. cons. Marpurg. numer. 100. & cons. 35. num. 134. vol. 3. Andr. Fach. cons. 17. num. 10. vol. 2. & alij passim.*

51 Et verò didicimus nos in vsu iuris, si alienatio permittitur in casibus necessitatis & vtilitatis duntaxat, quod regula concipiatur negatiuè, id est, non licere alienare: minimè verò gentium quod affirmatiuè concipiatur, id est, licere liberè alienare:
52 ita habemus regulam negatiuam, res Ecclesiasticas non posse alienari, *c. nulli, & toto tit. ext. de reb. Eccl. non alienand. & clement. 1. eod. tit. l. iubemus, cum auth. seqq. C. de sacros. Eccles.* Et deinde per modum exceptionis siue fallentiæ ei additur, quod perdat officium suum, in casu necessitatis aut vtilitatis, *c. sine exceptione, & c. terrulas, 12. q. 2. auth. hoc ius porrectum, C. de sacros. Eccles. gl. magistralis in summ. 12. q. 2. in princ. Did. Couar. lib. 2.*

variar.

53 *variar. resolut. cap. 17. num. 2.* sic de rebus pupillorum, de rebus minorum, de fundo dotali, & c. constitutum est, quod alienari regulariter non possunt, excepto eo si necessitas vel vtilitas aliud suadeant, *Vide ex professo hac tractantem Robert. Marant. in tract. de multis alienat. prohib. num. 19. cum*
54 *multis seq.* Et hoc quidem rectissimè, cum regula debeat esse, de iis, quæ vt plurimum obtinent; *l. 1. ff. de Reg. Iuris, præclarè Petr. Peck. ad rubr. tit. de reg. iur. in 6. & Pa-*
55 *norm. ad rubr. extr. eod.* non autem de iis, quæ vno, atque altero casu duntaxat locum habent, aliis autem plerisque casibus diuerso iure cẽsentur, *arg. L. ex his eum duabus L L. seqq.* ff. de legat. quo igitur colore regula illa affirmatiua seu vniuersalissima permissio de liberrima alienandi facultate, quam priuilegio Rechenbergico insertam legimus, ad duos specialissimos casus, contra vim verborum & per consecutionem contra mentem concedentis restringunt?

Aliam interpretationem Domini Rei Aduocatus in exceptionibus adfert, *nobis fol. 112.* quod clausula de alienando debeat intelligi de personis habilibus, videlicet masculis de familia, qui alias priuilegio familiari ad successionem vocati
56 sunt, non autem de fæminis vel extraneis: ita namque in simili de feudo differunt, vt si concessum est alicui cum pacto de alienando, censeatur alienatio permissa pro natura subiectæ materiæ, id est, in masculos qui feudorum capaces sunt, *Henric. à Rosenth. post alios in tract. feudal. capit. 9. concl. 40. num. 7.* Verum nec iste intellectus subsistit; tum quia priuilegium sæpedictũ fœminas expresse bonorum Rechenbergicorum facit capaces, per illa verba/
57 Töchter als Söne frey vnd gemachtsam besitzen/ cur igitur à verbis illis recederemus? *contra text. in l. 1. §. is qui nauem, ff. de exercit. action. in l. non aliter, ff. de legat. 3.* tum quia & reliqua dispositio clausulæ alienationem permittentis ita fusa & vniuersalis est, vt complectatur liberam potestatem alienandi in quoscunque libuerit & placuerit:
58 & opinio *ex Henric. à Rosenthal.* allata præterquam quod per se dubia sit, exaudienda est, prout ipse se explicat, de simplici pacto alienationis, & non de pacto generali de alienando in quoscunque, aut prout placuerit, &c. hac namque specie etiam ipsa feuda in fœminas & extraneos per viam contractus aut vltimæ voluntatis transferri possunt, *text. & Dd. in c. 1. de feud. non habent prop. nat. feud. & in c. feudum ea lege. si de feud. def. content. sit, Francis. Sansbec. tract. de feud. part. 5. nu. 8.* Tertio inquit, est feudum quod ita datur, vt *Vasallus*, & eius *hæredes*, vel *quibus dederit* habeant: illud feudum eius est naturæ, quod sine volũtate Domini in quamcunq; personã siue masculũ siue fœminã, siue agnatũ siue extraneum alienari potest, *Vdalr. Zas. in epit. feud. part. 12. num. 29.* vbi ait feudum ita concessum, vt *Vasallus, & omnes illi, quibus dederit, habeant*, dicitur degenerans; quia sine voluntate Domini in quamcunque personam siue masculum siue fœminam alienari potest, *Henric. à Rosenth. d. q. 40. nu. 19. & q. 41. mox. seq. num. 1. cum aliquot seqq. vbi sub lit. c. plurimos concordantes accumulat, & sunt instar omnium ad propositum, Tiber. Decian. cons. 38. num. 33. vsque ad num. 38. vol. 2. & Anton. Gabr. lib. 6. comm. conclus. tit. de verbor. signif. concl. 4. num. 1.* Si igitur feudum sui natura ad fœminas & extraneos non transitorium, in has personas Vasallus libertatem alienãdi generalem & prolibitu habens transferre potest; non videmus, cur aliud statuendum sit de bonis in præsentiarum controuersis & purè allodialibus, eandemque libertatem alienandi habentibus: quantumuis ex priuilegio fæminarum successionem, extantibus masculis, suo casu respuant.

Manet proinde vt sensum illũ clausulæ in quæstione propositæ retineamus, quem superioribus responsis *præsertim resp. 3. num. 130. vers. porro quandoquidem vsque ad num. 141. item resp. 4. num. 38 vers. secundo principaliter respondetur, vsque ad num. 51.* amplexi sumus & defensauimus: nimirum, vt distinguamus inter causam vltimarum voluntatum aut aliarum alienationum inter viuos & inter causam intestati: hoc modo, si Rechenbergus aliquis vel inter viuos vel vltima sua voluntate vult alienare, hoc ei liberrimè permissum sit facere in quascunque personas: si vero nõ vult alienare, aut mortalitate præuentus non potest amplius, bona ab eo relicta ab inte-

inteſtato ad maſculos deuoluantur, ſi qui extant, & his non extantibus, ad fœminas. Illud ſuadet clauſula de alienando præce-
59 dens: hoc ſuadet clauſula fœminarum ſuſpenſiua ſubſequens: vtrumque ſuadet ratio, quod verba priuilegiorum & quarumcunque diſpoſitionum ita intelligere & interpretari conueniat, ne aliqua inde exiſtat repugnantia: quæ ſanè deuitari nõ poſſet, niſi iam dictam interpretationem adhiberemus, *prout à nobis latius deductum eſt, d. reſp. 4. num. 45. cum ſeqq.*

Et eſt ſenſus iſte atque interpretatio, præterquam quod diſpoſitionem primo intuitu ſibi ipſi repugnantem pulchrè cõciliat, non cerebrina aut fictitia, ſed ex media iuriſprudentia deſumpta; quam etiam ipſimet Domini Roſtochienſes acceptare debent, ſi cohærentia ſcribere volunt. Aiunt namque priuilegium familiæ legis actũ eſſe nõ hominis, id eſt, vt vulgò loquuntur, eſſe legis non hominis diſpo-
60 ſitionem: id quod nos eis libenter concedimus (cum ſit veriſſimum) & ita ratiocinamur. Actus legis de ſucceſſione diſponentes non operantur, niſi in cauſa inteſtati, quando nimirum poſſeſſor voluntate ſua vltima non expreſſit, ad quem bona ſua deuenire velit: eſt hæc propoſitio ita clara, vt ferè pigeat leges, aut auctoritates in medium adferre. Ecce antiquiſſima lex XII. tabular. ſi ſuus hæres non erit agnatus proximus familiam habeto, *l. pronunciatio. §. 1. ff. de verb. ſign. iunctis ijs quæ habet Valentin. Forſter. in tract. de ſucceſſ. ab inteſt. lib. 1. cap. 7. num. 2.* media item iuriſprudentia de ſucceſſione variè diſponens, *vt ex lib. ff. C. & inſt. colligere licet.* denique Iuſtinianus ſacratiſſimus princeps, *in nou. ſua 118.* omnem ſuccedendi ordinem elaboratiſſimè præſcribens; factionem teſtamẽti aut alienationes inter viuos nunquam
61 excluſerunt; ſed ſemper obtinuit, quamdiu poteſt ex teſtamento adiri hæreditas, ab inteſtato non defertur, *l. quamdiu, ff. de acquir. vel omit. hæred.* ſemper verum fuit
62 illud Conſtantini Imp. nihil eſſe, quod magis debeatur hominibus, quàm vt ſupremæ voluntatis liber ſit ſtylus; *l. 1. C. de SS. Eccleſ.* ſemper proceſſit regula, prouiſio hominis facit ceſſare prouiſionem le-
63 gis, *l. fin. C. de pact. conuent.*

Porrò q; de lege generali apud oẽs eſt
64 notũ, & certum; idẽ in indiuiduo notum & certum eſt, de legibus ſpecialibus quas ſtatuta vocamus & de legibus priuatis, ſeu ſingularibus quas priuilegia appellamus: nam hæc omnia ſunt legis actus, & tãtum differunt ſecundum extenſionem, quod diſpoſitio legis pertineat ad vniuerſam Rempublicam, ſtatuti ad certam prouinciam aut locum: priuilegii ad certum hominem aut familiam, *text. expreſſus in §. ſed & quod principi; l. de iur. nat. gent. & ciuil. in l. ius ſingulare. ff. de legib. & in l. omnes populi.*
65 *cum in notat. ff. de inſtit. & iur.* traduntque quod ſtatuta etiam illa quæ fæminas excludunt intelligi debeant ſaltem de cauſa inteſtati, præter citatos ſuperioribus reſponſis ex profeſſo, *Georg. Natt. in repet. C. quamuis q. 2. num. 75. & latius, q. 4. num. 64. de pact. lib. 6. Ioann. Campeg. in tractat. dot. q. 32. n. 151. & q. 54. num. 227. Albert. Brun. in tract. de ſtatut. fæm. excludentib. varijs in locis, vt artic. 5. num. 32. 36. & 37. item artic. 8. numer. 27. cum ſeqq. & artic. 13. num. 131.* idque minimè dubium eſſe ſcribit, *And. Tiraquell. in tract. Le mort ſaiſit le vif. part. 2. dederat 8. num. 2.* nec reperiſſe ſe quemquam contradicentem teſtatur, *Nicol. Euerh. iun. conſ. 13. numer. 37. verſ. decimo tertio probatur. vol. 2.*

Et quod cum primis notandum eſt, verſantur citati Dd. in caſu quo ſtatuta ſimpliciter de ſucceſſione diſponunt, nec faciunt expreſſam mentionem de poteſtate alienandi, cui conſequens eſt, ſi ſtatutum tale præter hoc, quod ſucceſſionem certo ordine defert, etiam liberrimam alienandi poteſtatem concedit, longè fortius dicendum eſſe, quod delatio iſta ſucceſſionis ad inteſtati cauſam ſolummodò
66 ſpectat. Immo in his terminis, non tãtum actus legis, ſed & hominum ſæpe dicto modo reſtringuntur. Exemplum paullò ante dedimus de feudo, quod etſi ſua natura & qualitate fœminas reijcit, tamen ſi in inueſtitura facultas alienandi libera cõceditur, prærogatiua maſculorum tantum conditionalis eſt, ſi nimirum poſſeſſor feudi aliud viuus non diſpoſuit, hoc eſt, in fœminam aut extraneum per contractum aut vltimam voluntatem alienationem non fecit, *latiſſimè Henric. à Koſenth. 5. cit. cap. 9. tract. ſui feudal. q. 41. num. 4. cum multis*

67 *multis seqq.* Idem videmus vsu venire in fideicommissis, cum clausula liberæ alienationis: vt si fideicommissarius de bonis grauatis, transferendo ea in quoscunque voluerit, disposuit, id ratum sit: sin minus, tum demum ad familiam aut alios vocatos perueniant, *Ant. Gabr. lib. 4. comm. concl. tit. de fideicom. concl. 1. nu. 30. & 33. M. Anton. Peregr. tract. de fideicomm. artic. 40. numer. 45. cum multis seqq. Mich. Gras. in §. fideicommissum, quæst. 63. num. 7.* quo in loco dicit, hoc nullam habere dubitationem; *Iacob. Menoch. lib. 3. de præsumpt. præs. 115. num. 48. Henric. à Rosenth. d. q. 41. num. 7. cum seqq. vbi sub lit. e. plurimos concordantes citat.* Idem denique iuris est, quoad pacta gentilitia, etiam à Principe confirmata: aut alia pacta de non succedẽdo, etiam iurata: quod scilicet extendi non debeat ad successionem, quæ defertur ex testamento; præsertim v-
68 bi clausulam de alienando expressim annexam habent. De pactis gentilitijs ita scribit *Valentin. Forster. in tractat. de success. ab intestat. lib. 4. cap. 24. num. 24.* & omnium fusissimè *Nicol. Enerb. iun. olim collega noster honorandus, d. cons. 13. quæst. 3. vol. 2.* vbi hoc ipsum, *à num. 19. ferè vsque ad finem*, viginti
69 octo rationibus egregiè cõfirmat. De pactis de non succedendo iuratis *Did. Couar. in c. quamuis, part. 3. in princ. nu 8. de pact. libr. 6. Anton. Gabr. libr. 3. comm. concl. tit. de iure dot. concl. 1. num. 40. vers. contrariam. Andr. Geil. lib 2. obs. 148. nu. 11. Ioach. Mynsing. cent. 2. obs. 7. per tot.* Denique quod circa leges, statuta, feuda, fideicommissa, pacta gentilitia aut iurata obtinet, vt quantumuis successionem certis personis deferant, tamen & maximè quidem si clausulam liberæ alienationis annexam habent, possessoribus manus non ligent, quo minus sua vltima voluntate de iis, prout libuerit
70 & placuerit, disponere queant: cur circa priuilegia obtinere non debeat, non videmus: præsertim quoniam ipsemet Dominus Reus ea statutis comparat. Et rectè quidem: cum nihil sint aliud, quàm statuta *priuatis*, id est, singulis, non vniuersis data, *Tiber. Decian. cons. 19. num. 142. vol. 3. c. priuilegia, 3. dist. Dd. in l. vlt. ff. de constit prin. in l. priuilegia, C de sacros. Eccles. & in l. ius singulare, ff. de legib.* Imò etsi pacta gentilitia, aut fideicommissum continerent, vt falso sibi idem Reus persuasit; adhuc tamen, vti scripsimus, procederet nostra interpretatio: & consequenter id, quod in specie re-
71 spondit *Nicol. Enerbar. iun. cit. cons. 13. numer. 19. vol. 2.* in dispositione exclusiua fœminarum, quocunque demum nomine (pacti aut priuilegij) eam censeamus, omnia
72 illa argumenta procedere posse, quæ in simili statuto allegari solent: cum nulla diuersa ratio inter vnum, aut alterum assignari queat, *l. à Titio, ff. de verb. oblig. cum similib.*

Hæc omnia à quibus victoria fermè & decisio huius causæ dependet, prætereunt Domini consulentes, & in nube tantum dicunt: Legis & Regis maiorem esse
73 potestatem, quàm hominis, *l. ius publicum, ff. de pact. l. nemo potest. ff. de legat. 1.* ideò vl-
74 timas voluntates legibus æquiparari, *Nou. 22. de nupt. cap. 2.* Item in vltimis volũtatibus hominem fidei cõmittere, vt mares in hæreditate fœminis præferantur: in priuilegiis autem similibusuè actibus in effectu Legem & Regem fideicommittere: & fideicommissa istiusmodi valere neminem negare posse, nisi nouus sit in Iure hospes. Sed nihil hîc est, quod vel fundamenta nostra euertat, vel Iurisprudẽtiam aliquam sapiat. Nam primæ obiectioni satisfacit regula iuris supra citata: in materia
75 successionum (& aliis plerisque) prouisionem dispositionemque hominis potentiorem esse prouisione & dispositione legis, aut regis legem ferentis, *l. quamdiu, ff. de reg. iur. l. quamdiu, ff. de adq. vel. omitt. hered. l. fin. vbi gl. verb. contentam, & Dd. C. de pact. conuent. Valent. Forster. d. tract. de succes. ab intest. lib. 1. cap. 13. num. 3. & lib. 8. cap. 15. num. 33.* in vniuerso iure, *inquit*, hominis prouisio in specie, tanquam potior legi ordinariæ derogat, *arg. l. in toto iure, ff. de reg. iur. & c. generi per speciem, eod. lib. 6. idem Forster. libr. 9.*
76 *c. 5. num. 8. & alij passim.* Neque mouet sen-
77 tentia Papiniani: *ius publicum pactis priuatorum mutari non posse.* Et sententia Pomponij; *neminem posse cauere ne leges in suo testamento locum habeant*, ex textu *l. ius publicum, ff. de pactis, & l. nemo potest; ff. de legat. 1.* Pro nobis enim respondet *M. C. Philip. 11.* vbi ait: *in publicis actis nihil est lege grauius,*
78 *in priuatis firmissimum est testamentũ.* Et *Verrin. 3.* ibi: *quod mihi lex mea causa dat, eo mihi*

vti non licebit. In ijs quæ ad ius publicum
79 pertinent, maior potestas Principis est, quàm hominis; in priuatis autem negotijs & administratione rerum, quarum proprietas singulorum est, potentior est hominis dispositio, quàm Legis aut Regis, *l. in ciuile, C. de rei vindic. l. de contractu, C. de rescind. vendit. d. l. quamdiu, ff de reg. iur.* facit. quod in specie decidunt: Principem te-
80 stamento hominis priuati derogare non posse, *de quo Frider. Pruckman. de regalibus membr. 3. effect. 8. num. 8. Didac. Couarun. libr. 3. variar. resol. cap. 6. per totum, Fernand. Vasq. illust. cont. cap. 5. num. 20. Andr. Gail, obs. 58. nu. 6. lib. 2.* Minus mouet, quod vltimæ voluntates æquiparētur legibus; nam hoc ipsum est, quod nos contendimus, voluntatem testatoris tantæ firmitudinis esse quantæ est lex: immò maioris, si cum lege concurrit, & legi aduersatur, *d. l. quamdiu, ff. de reg. iur.*

Quod Lex aut Rex siue Legislator disponendo de successione fideicommittat, id est, fideicommisso bona ita grauet, vt homo disponere aliud non possit: fatemur nos vel non intelligere hoc dictum, vel ita nouos esse in iure hospites, vt ignoremus, quo iure id cautum sit. Lex enim,
81 casu, quo homo non disposuit, hæreditates quidem defert, quasi ex tacita hominis voluntate, *l. conficiuntur, §. 1. ff. de iur. codicil. Iacob. Menoch. consi. 124. num. 36.* sed ita defert, vt hi, quibus delatæ sunt, liberè eas & sine vllo fideicommissi, aut alterius vinculi onere nanciscantur, *per supra dicta.*

Sed nec Domini Rostochienses ius aliquod, aut auctoritatem saltem adferunt: qua dictū suum probarent, aut ignorantiā nostrā subleuarēt. Interim ergò, dum nos melius erudiunt, placeat ipsis responsio
82 Ernesti Cothmanni Collegæ *ex resp. ipsius 1. num. 467.* vbi ait: *auctoritatem Doctoris, nisi rationem & auctoritatem iuris coniunctam habeat, nullius prorsus efficacitatis esse.*

Altera pars quæstionis est: an articulus, de cuius intellectu disceptatum hactenus, ex parte per priuilegium Nobilitatis Glogouiensis, quod anno 1613. superuenit, sit abrogatus?

Præmittimus, Dominos Rostochienses proponere hanc controuersiam sub hisce verbis: *vtrum priuilegia gentilitia abolita sint nec ne?* Sed nimis generaliter: cùm enim priuilegium familiare, seu, quod idem est, gentilitium varia capitula & immunitates contineat, nunquam fuit intētio aut nostra, aut Domini Actoris asserere, totum hoc priuilegium, quoad omnia contenta atque capitula propter commune expirasse: sed relictis alijs, quæ ad præsentem litem non spectant, in medio, de articulo dispositionis & successionis circa bona Rechenbergica tantùm disseruimus: & quidem etiam de hoc articulo, *an ex parte, non an in totum sit sublatus?* Tria enim, si penitius rem introspiciamus, complectitur: primò liberrimā alienādi facultatē: secundò qualitatē bonorum, q. allodialia esse debeant, & tam fœminæ quam mares eorum capaces: tertiò prærogatiuā masculorum præ fœminis. Primum illud priuilegium commune non sustulit, sed, dum æquè liberam alienandi potestatem dat, confirmauit potius: alterum etiam nō correxit, dum bona suæ naturæ siue feudisticę siue allodiali, prout inuenit, reliquit, & insuper quascunque personas (exceptis clericis & plebeis) conuenienter gentilitio priuilegio ad eorum adquisitionem habilitauit: de tertio igitur solo sola est dubitatio, an sit sublatum per priuilegiū Nobilitatis superueniens.

Ad quam dubitationem ita respondendum esse hucusque existimauimus: vt si prærogatiua masculorum ad suum sensum & casum trahatur, atque adeò sanè & sobriè intelligatur: nimirum de casu successionis ab intestato: relictā interim possessoribus disponendi libera facultate; tūc perinde est, siue dicamus prærogatiuam isthanc sublatam, siue negemus. Cùm enim nōster casus & lis sit de testamento, & fideicommisso ei inserto: & causa testati, vt omnes norunt, semper prior & potior sit, adeoque silere faciat causam intestati: non est, vt nos fatigemus, aut multa disputemus circa ordinem, quo mares aut fœminæ ab intestato succedāt: sufficit, quod ordo iste succedendi Georgio testatori non obstiterit, quo minus ab eo recedere, & omninò alium, si voluisset, fideicommisso suo constituere potuerit.

Quod si verò cum Consulentibus & Domino Reo aliter quis sentire, & sæpe dictam

dictam masculorum prærogatiuam eousque extendere velit: vt etiam testamenti factionem certis limitibus includat, hoc est, ad masculos, casusuè necessitatis aut vtilitatis restringat: tum necessum omninò est, vt dicamus, prærogatiuam illam per commune priuilegium & obseruantiam insequentem sublatam atque antiquatam esse.

Firmauimus hanc assertionem copiosissimo stylo in prioribus responsis, *maximè resp. 3. num. 94. vsque ad num. 109.* adeò vt operæ pretium non esse arbitremur, longiore probatione singula recoquere: satis est, si summa rerum capita attingamus; quæ in his duobus potissimum versantur. In generalitate priuilegij communis: & in non vsu, imò, quod plus est, in vsu seu actibus contrarijs priuilegio familiari.

Primum quod attinet, ex lectione communis priuilegij seu statuti, quod cõsensu omnium Nobilium in toto Ducatu ordinatum est, constat, amplissima atque vniuersalissima, & quidem sæpius iterata, & ad totam Nobilitatem pertinentia verba eo contineri; vt planè absonum sit, quemquã velle excludere, velut: **Alle Ritterschafft im gantzen Fürstenthumb / allen Weichbildern: ein jeglicher/** &c. Immò in specie omnes districtus enumerantur, in quibus omnia bona Rechenbergica sita sunt: & ad extremum additur arctissima totius prouinciæ obligatio & conuentio, qua omnes vnanimiter in illud statutum quasi coniurant, & eum, qui se ab illis segregare velit, pro turbatore boni publici
83 declarant, varijsque pœnis afficiunt. Quis iam credat Rechenbergos exemptos? aut quis potius non credat, eos sub hac vniuersalitate contineri? *per allegata supra num. 50.* facit in specie *text. in l. 3. §. Diuus, ff. de sepulch. violat.* vbi derogatum dicitur per rescriptum Principis generale statuto municipali, adeoque speciali, quo in ciuitate sepelire defunctorum cadauera permissum erat: *iunge l. in fraudem, § fin. ff. de testam. mil. l. data, C. de donation. cum multis alijs, citatis per Francisc. Herculan. in tract. de proband. negat. num. 5. vers. secundò hæc regula, quem sequitur Nicol. Euerh. iun. consil. 9. num. 12. vol. 1. Angel. & Dec. apud Iacob. Menoch. libr. 6. de præsumpt. præs. 38. num. 34.* Vbi tradit, quod lex noua, verbis multũ generalibus vtens, mutare & corrigere censeatur antiquam specialem.

De non vsu priuilegij familiaris & actibus contrarijs, hoc Acta docent, quod Dominus Reus, quantumuis laborârit, nullum actum qui à centum annis habito respectu priuilegij Rechenbergici gestus esset, in medium adferre potuerit: è contrario Dominus Actor septem testamenta in familia Rechenbergica condita produxit, quibus singuli testatores disertissimis verbis profitẽtur, quod testari velint, atque adeò testentur secundum priuilegium commune. Item (vt silentio inuoluamus alia, quæ contra ius agnatorum à Reo prætensum continent) omnibus illis testamentis fœminæ vel institutæ sunt, vel substitutæ, vel aliter honoratæ: insuper complures contractus inter viuos Rechenbergi celebrârũt, quibus magna Dominia, etiam ipsi priuilegio inserta, in extraneos transtulerunt: agnatorum, licet plurimi viuebant, nulla ratione habitâ, *vide d. resp. nostr. 3. nu. 103. & 104.* Quandoqui-
84 dem igitur in confesso apud omnes est, quod priuilegia non vsu tollantur, *l. 1. ff. de nundin. & tradunt post omnes Carol. Tapia. in l. fin. part. 2. cap. 1. per tot. ff. de constit. Princip.*
85 *& Andr. Gail. lib. 2. obseruat. 60. per discurs.* & multò magis, quod tollantur per vsum & actus contrarios, *idem Tapia. d. loc. cap. 2. per tot. Cc. in c. cum accessissent, extr. de constit. Specul. in tit. de instrument. edit. in §. nunc autem, vers. item opponitur. Tiber. Decian. consil. 55. nu.*
86 *36. vol. 2.* quod item faciens actum secundum ius commune, quem facere poterat ex priuilegio, ad ius commune redijsse, & priuilegio suo renunciasse censeatur, *l. vltim. C. de pact. dotal. præclarè Aym. Crauett. consil. 660. num. 7.* rectè infertur id, quod supra in conclusione dictum fuit, priuilegium familiæ, in puncto hîc controuerso, tàm propter vniuersalissimum statutum superueniens, quàm propter non vsum, & obseruantiam contrariam, eamque antiquissimam, & ex Actis notoriè elucentem, ab vsu & aula recessisse.

Contra hanc sententiam sedecim rationibus insurgunt Domini Rostochienses: quas nos ad sex contrahemus; & solutiones singulis, vt opinamur, exactas subjiciemus.

Prima ratio, quod expressè mutatum esse neque legitur, neque quo alio modo ostenditur, id stare credendum & asserendum est, *l. sancimus, C. de testam. & l. præcipimus, in fi. C. de appellat.* atqui priuilegia gentilitia aliquando abolita fuisse, nunquam & nusquam lectum. Respondemus, & nos nunquam legisse, nusquam etiam scripsisse, quod in totum sint abolita per priuilegium Nobilitatis: sed tantum, quod sit abolita clausula fœminarũ à successione, extantibus masculis, exclusiua: casu, quo eam reprobo sensu ad testamentariam successionem trahere quis velit. Etiam
88 probatum priuilegia (quidni etiam particula alicuius priuilegij? *contra l. quæ de tota, ff. de rei vindic.*) non tantum expressa renunciatione: verum etiam generalitate verborum superuenientis dispositionis: item non vsu; multoque magis contrario vsu, atque adeò renunciatione tacita tolli mutarique.

Secunda ratio, tantum abest, quod iã dicta priuilegia sublata sint, vt etiam sæpius fuerint confirmata, atque renouata:
89 etsi autem renouationes istiusmodi & confirmationes nouum ius non tribuant, tamen antiquum & ante adquisitum & habitum ius mirum in modum conseruant & constabiliunt, *Hieron. Schurpf. consf. 43. num. 13. cent. 3. Natta, consf. 193. num. 4.*

Confirmationes porrò, quibus innituntur, sunt septem: duæ Sigismundi Regis Poloniæ, *anno 1507. & anno 1508.* tertia Vladislai, *anno 1510.* quarta Ludouici, *anno 1522.* quinta Ferdinandi, *anno 1527.* sexta, & septima, inuictissimorum Principum Rudolphi & Mathiæ.

Respondemus, si clausula priuilegij familiaris hoc loco controuersa iuridicè intelligatur de successione ab intestato, totum argumentum concedi potest: posito autem sensu altero & falso, dicimus, ex his septem confirmationibus nullam esse, quæ Dominorum Consulentium proposito seruiat. Nam tres priores antiquiores sunt priuilegio communi, anno 1513. demùm impetrato: igitur ab ijs argumentum duci non potest, quod vim habeant etiam post priuilegium commune. Si enim ipsa priuilegia Rechenbergica tempore communis priuilegij quoad subiectam materiam interierunt, confirmationes quoque anteriores eadem operâ sublatæ sunt: cùm cõfirmationes acces-
90 soriæ per se subsistere nequeant, vbi confirmatum principale cessauit, *l. cum principalis, ff. de reg. iur. c. accessorium, eod. in 6. Bald. in l. sancimus, C. de testam. Bart. in l. denique §. sed vtrum, ff. de minorib. & in l. Iulianus, ff. de condict. indeb. Math. de Afflict. in cap. vnic. n. 43. de natur. success. feud. pulchrè Ioach. Mynsing. cent. 3. obs. 2. per totam.* Sequentes duæ rationes, *in numero quarta & quinta,* speciatim pertinent ad Castrum Wartenbergése, & priuilegia vnâ cum illo Castro in fratres emptores translata: non autem ad priuilegium totam familiam Rechenbergiorum concernens, *per d. respons. 3. nu. 557. vers. secundò obijciunt, vsque ad num. 118.* in quo loco etiam demonstrauimus, quod nec Augustorum Rudolphi & Mathiæ confirmationes Domino Actori obesse queant, *num. 118. vsque ad num. 125.* quæ huc non transcribimus, sed Lectorem eò amandamus.

Quod autem circa has postremas cõfirmationes, Rudolphi & Mathiæ ponderant, eas spretis neglectisque Domini Actoris protestationibus, & sic cum causæ cognitione datas esse, pondus non habet: nam protestationes istæ, vti ex Actis didicimus, serius & confecto iam negotio superuenerunt: quomodo ergo causa cognosci super eo, & sperni potuit id, quod tempore decretæ confirmationis in iudicio nondum fuit? Et dato protestationes istas tempestiuè Cæsareæ Maiestati esse insinuatas, non inde tamen sequeretur, quod procedendo ad cõfirmationes simpliciter spretæ ac neglectæ fuerint, cùm
91 nullibi reperiatur clausula: *non obstãte protestatione, &c.* quæ necessariò in rescriptis Principũ requiritur ad hoc, vt tertio præiudicent, & ius quod habere se prætendit, auferant, *vide remissiuè And. Gail. lib. 1. obs. 18. nu. 2. & post eum Arnold. de Reyger, in thesaur. iur. verb. clausula, vers. de clausula non obstãte,* aliâs semper inesse intelligitur clausula,
92 *saluo iure tertij,* cuius virtus est, cuilibet (ac proinde etiam in nostro casu Domino Actori) ius suum conseruare integrum atq; illæsum, *in terminis And. Gail, lib. 2. obs. 1. nu. 14. & obs. 76. n. 10. & Ioach. Mynsf. cent. 4. obs. 8. nu. 5.* Ex quo fit, quod dici nequeat, protestationes sæpè dictas iuris religiosissimos

& inte-

& integerrimos Principes Rudolphum & Mathiã cõfirmationes impertiendo, spreuisse, sed existimauisse potiùs, etiamsi cõfirmationes interim emanarẽt, nihilominus tamen saluũ fore ius Domini Actoris.

Quod de causæ cognitione cõminiscũtur, adhuc leuius est: quia causæ cognitio citationem & iudicialẽ strepitũ disceptationemq; desiderat: nec vnquam causæ cognitio cõsideratur, vbi nulla præcessit citatio, sed res ad vnius partis instantiã gesta est, *l. nec quicquam, §. vbi decretum, ff. de offic. proconf. & legat. l. in causæ cognitione versabitur, in princ. verf. causa enim, ff. de minorib. l. omnia quæcunq;, ff. de reg. iur. And. Gail, lib. 1. obs. 46. nu. 10.* vbi ait: ea quæ causæ cognitionem requirunt, partis citationem exigunt, *Tib. Decia. conf. 2. n. 11. vol. 3. text. & Dd. in l. nam ita diuus, ff. de adoptio.* Quod autem Dominus Actor antequã emanârant confirmationes, citatus & secuta hinc inde iudiciali disceptatione res decisa fuerit, Rostochiẽses hic quidem allegare videntur; sed nec ipsi in suo responso id probârunt: nec Dominus Reus in Actis tale quid præstitit; quæ tamẽ cum sit res facti, fieri debuis-
46 set, *præclare Robert. Marant. in Specul. part. 4. dist. iudic. 16. n. 13. verf. & quoad primũ modum.*

Tertia ratio, priuilegium prouinciale, Nobilitati vniuersæ de bonis feudalibus datum, hanc interpretationem recipit, vt quàm minimè à natura feudorũ recedat: & sic ne lædat etiam priuilegium gentilitium. Sed respondetur: si verba statuti aut
95 priuilegij sunt clara, accipere ea debemus prout iacent, & neutiquam confugiẽdum ad alias interpretationes, *l. prospexit, ff. Qui & à quib. manum. lib. non fi. l. ille aut ille, § 1. ff. de legat. 3. l. continuus, §. cum ita stipulatus sum, in fin. ff. de verb. oblig. l. Domitius Labeo, ff. Qui test. fac. poss. And. Gail. lib. 2. obs. 33. n. 1. Simon. Pistor. conf. 15. nu. 43. int. conf. Modest. Pistor. vol. 1.* etiamsi quam lõgissimè à iure communi recedant: cum propria sit hæc statutorum & priuilegiorum natura, vt à iure
96 communi deuient: alioqui statuta aut priuilegia non essent, *text. insignis in c. si Papa, de priuileg. lib. 6. Panorm. in c. Pastoralis, nu. 2. verf. nam facit, ext. de appellat. Bartol. in l. 4. §. Prætor ait, ff. de damn. inf. & in l. 2. ff. de vsu & Sim. Pist. d. loc. & Couar. 2. n. 7.* In proposito autem verba statuti prouincialis sunt clarissima: quod non tantùm allodialia, sed, quod plus est, etiã feudalia bona in quoscunque viâ quacunq; alienare liceat. Et hinc falsum est, quod in argumento assumitur, statutum prouinciæ de bonis feudalibus tantùm loqui: nã & de allodialibus disponit, ibi; sie seyen Lehen oder Erb, & quoniam bona hic controuersa sunt allodialia, *per d. in q. 1.* sequitur retorqueri posse argumentum: quod priuilegium Prouinciæ, quoad hæc bona ex illo iure interpretationem capiat, quod de bonis allodialibus latum est, & fœminas masculis in succedendo æquiparat. Neque lædit hæc interpretatio priuilegium familiæ rectè intellectum: cùm æquè liberam alienãdi facultatem cõcedat. Immò etsi poneremus sensum alium, & talem, per quem lædere-
97 tur priuilegium illud: quia tamen Rechẽbergi sponte sua ab eo recesserunt, & se communi priuilegio subiecerunt, scientibus & consentiẽtibus læsio hæc, si qua est,
98 imputanda est, *c. scienti, de reg. iur. lib. 6.*

Quarta ratio, non speciei per genus, adeoque nec speciali familiari priuilegio per generale priuilegium: sed generi per speciem derogatur, & id potissimum habetur, quod ad speciem directum est, *l. in toto iure, ff. de reg. iur. c. generi, eod. libr. 6.* Cui suffragari aiũt, quod Nobiles familiæ Rechenbergicæ, quoad hęredis institutionẽ, nõ secũdum prouinciale priuilegium testati sint, sed iuxta familiare: vt ita ex rei e-
99 uentu ipsaq; obseruantia appareat, priuilegia familiaria neutiquam abrogata fuisse. *l. sed & ea, & l. si de interpretatione, ff. de leg.*

Quoad regulam, *speciei per genus nõ derogari*, occurrimus, quando exceptio à re-
100 gulâ probata existit, tunc regula officium suum perdit, *Philip. Decius post alios in l. 1. n. 7. ff. de reg. iur.* atqui in proposito duæ ex-
101 ceptiones contra regulam militant: vna, quod fallat, si genus ita est effusum, vt ab eo salua ratione recti sermonis nulla species eximi possit, *d. l. 3. §. Diuus, ff. de religios.*
102 *& sumpt. funer. cum similib. allegat. supra n. 83.* altera, si, quibus speciale priuilegium cõpetebat, verbis expresse, aut ipso facto tacitè in priuilegium generale consenserunt, & eo ipso speciali renunciauerunt, *vulg. l. si quis in conscribendo, C. de pact. iunctis ijs quæ attulimus supra n. 84. & seqq.* item *resp. 1. nu. 59. & seqq.* Quod Rechenbergi testamenta sua condiderint secundum priui-

 legium

legium speciale, temerarium est asserere: tam disertis enim verbis omnes, quotquot testati sunt, aut quorum testamenta haberi potuerunt, ad commune totius Prouinciæ priuilegium se retulerunt, vt miremur, tale effatum Dominis Consulentibus tam sæpè excidisse: vel potius dubitemus, an vera Acta ad manus habuerint?

Quinta ratio, filiæ & sorores ex hac familiâ, si quando agnatis se opposuerūt, vel in contradictorio iudicio à bonis per sententias repulsæ: vel extra iudicium per transactiones silere, vel renunciare iussæ: & sic bonorum illorum possestrices illegitimas & inidoneas esse, masculis viuentibus, opere ipso contestatæ sunt, *allegant docum. apud except. sub lit. M. num. 1. & 2. & apud Duplic. lit. HH. num. 1. 2. & 3. item lit. KK. & LL.*

Respondemus inprimis generatim ad omnia documenta hîc inducta, ea versari in casibus, quibus fœminis notoria obstiterunt impedimenta: nimirum vel testamenta, vel certè fratres, qui ex prouincialis priuilegij dispositione, & iugi Prouinciæ obseruantiâ sorores à bonis immobilibus excluserunt: vnde nō mirum, si fœminæ, istis casibus, per sententias, aut spontaneas trāsactiones, renunciationesque repulsam in succedendo passæ fuissent, cùm spem obtinendi non haberent, *arg. l. 1. ff. de inoffi. testam.* Nos autem sumus in terminis, quibus fœminæ nec testamētū efficax, nec frater, nec quidquam aliud obstat: immò omnia fauent: in tanta igitur diuersitate casuum inferre non licet, illis fęminas à successione iudicem remouisse, aut sponte eas recessisse, ergò & hoc
103 remouendas esse, aut vltrò recedere debere, *Nicol. Euerh. præs. in loc. à separatis, differentibus, seu diuersis, per discurs.*

Deinde & in specie, quod sententias in contradictorio iudicio cōtra fœminas latas attinet, respondemus, notoriè falsum esse, quod vel vnica talis sententia apud acta habeatur: prouocamus ad omnia documenta quæ hîc Domini Consulentes inducunt. Ex transactionibus porrò colligi non potest, quale ius vnius aut alterius partis fuerit: nam natura earum præcipua hæc est, quod interponantur
104 super re dubia & lite incerta, *l. 1. ff. de transact.* & quod vtraque pars de iure suo ali-
105 quantulum recedat, *l. transactio, & ibi Dd. C. eod.* eleganter, vt alia omnia, *M. Tul. in Orat. pro Roscio*, cùm dicit: *ad iudicium hoc modo venimus, vt aut totam litem obtineamus, aut amittamus: ad arbitrium, vt neque nihil, neque tantum, quantum postulauimus, consequamur:* notat *Ioach. Mynsi. resp. 60. num. 12. & latiùs resp. 28. num. 37.* Ex quo efficitur, quod hoc argumento æquè possimus vti contra Dominos Consulentes, atque ipsi contra nos vtuntur: sicut enim ex transactionibus fœminarum hoc tantùm colligere licet, ius earum in casibus propositis dubium fuis-
106 se: ita & de iure seu prærogatiua masculorum arguere licet, quod & illud in obscuro fuerit: alioqui non transegissent, nec ius certò sibi competens data fœminis pecunia emissent, *d. l. 1. ff. de transact. iunct. l. cū de indebito, ff. de probation.* Denique renunciationes factæ sunt in executionem transactionum præcedentium: ideò aliud ius non adferunt, præter id, quod ex transactionibus competere modò demonstrauimus: cùm certi iuris sit, quod auctoritas
107 actus tribuatur ordinanti, non exequenti, *§. cumq; hoc Deo propitio, in proœm. Instit. l. 2. §. omnia igitur, C. de veter. iur. enucl. l. si hæres testamento, ff. de action. empt. & est text. præ cæteris elegans in l. vnum ex familia, §. si falcidia, vbi latè An. de Padill. ff. de leg. 2.* Vt tacea-
108 mus interim, quod renunciationes fœminarum præsupponantius in successione, *Ioach. Mynsing. resp. 10. num. 11. cum seqq.* & quod tam transactiones illæ, quàm hæ renunciationes fuerint res inter alias fœminas actæ; quæ proinde fœminæ, de cu-
190 ius iure hodie quæritur, præiudicium generare non possunt, *l. sæpe constitutum est, ff. de re iudic. l. 1. & tot. tit. C. int. alios act. vel iudic. alijs non noc.*

Sexta & vltima ratio, facto primi impetratoris & insecuto priuilegio masculis ius in infinitum quæsitum est: quod vti in vniuersum principali rescripto tolli non
110 potest, ita nec priuilegio, quantumuis à Principe Nobilitati magnæ Glogouiæ dato, tolli potuit, *l. 2. C. de precib. Imp. offeren.* Quo priuilegio etsi liceret fœminas instituere, id tamen Domino Actori non prodesset: siquidem vltimo defunctus non ipsius Coniugem, sed Dominum Reum instituerit.

Respon-

Respondemus, si q. ius aut prærogatiuã masculi ex priuilegio familiæ quæsitam habent, militat ea saltem ab intestato, vt priore membro huius quæstionis sufficienter deductum est: quod si verò etiam ad caussam testati trahenda sit, iam comprobauimus, eam generali priuilegio abolitam esse. Non obstat, quod Princeps ius
111 quæsitum tollere nequeat, *ex d. l. 2.* tum quia per leges, statuta atque priuilegia, quæ de successione in bona defuncti disponunt, ante mortem defuncti tale ius nemini adquiritur, quod auferri ei nequeat, *Hartmann. Pistor. lib. 4. quæst. iur. quæst. 6. numer. 34. Valent. Forster. in tract. de success. ab intest. lib. 6. cap. 33. numer. 25.* ius quæsitum, *inquit*, in spe agnatis, non est considerabile, *vt loquuntur Bart. Ias. Curt. & alij in l. Gallus, §. & quid si tantum, ff. de liber. &*
112 *posthum.* tum etiam, quia sine dubio ius etiam in re quæsitum tolli potest vel expressa vel tacita renunciatione eorum, quibus est quæsitum, quod Rechenbergos fecisse supra quoque ostendimus. Domini Actoris Coniugem hæredem ab *vltimo* possessore institutam non esse vltrò *fatemur*. sed quid inde? Dominus Actor non petit successionem ex testamento vltimo defuncti, sed ex testamento Proaui, qui Proneptem suam fideicommisso suo vocare potuit, & reipsâ etiam vocauit. An verò vltimò defunctus Dominum Reum instituere potuerit, certant adhuc partes: immò potius certum est, quod non potuerit, *l. vlt. § sed quia nostra maiestas, C. comm. de legat. & tractabitur latius infr. quæst. 6.*

Quæstio III.

Vtrum bona VVartenbergensia sub priuilegio Rechenbergico contineantur, necne?

Argumentum.

Bona VVartenbergensia priuilegio Rechenbergico non contineri.

Duo hoc loco capita Domini Rostochienses permixtim tractãt. Vnum, bona Wartenbergensia esse feudalia: alterum, sub priuilegio familiæ ea contineri. Nos ob connexitatem materiæ primâ nostrâ quæstione primum caput expediuimus: restat, vt hîc de altero videamus.

Si transimus cum vero intellectu familiaris priuilegij, quod circa punctum successionis & masculorum prærogatiuam ad causam intestati pertineat, non interest Domini Actoris, vtrum affirmatiuè, an negatiuè respondeatur: siue enim contineantur, præfata bona hoc priuilegio, siue non, semper verum est: quod Proauus iustè de illis testari, & per fideicommissum fœminas proximiores ad illa vocare potuerit. Cæterùm quandoquidem inter duo contradictoria vnum duntaxat verum esse potest, & nos rogati sententiam nostram promere debemus, certè aliter respondere non possumus, quàm quod bona Wartenbergensia priuilegio Rechenbergico non includantur.

Fundamentum est, quia priuilegium istud de bonis tempore impetrationis, nimirum anno M. D. VIII. à Rechenbergis possessis sonat, atque ad ea haud obscurè se restringit: non igitur ad bona alia, & in futurum à Rechenbergis adquirenda protrahendum est. Prior propositio ex verbis priuilegij probatur, ibi: **Alle jhre Dörffer vnd Güter / als nemblich /** & hîc enumerantur bona viginti duo; sequiturque mox post enumerationem eorum, **mit aller derselben Güter inn: vnd Zugehörungen /** & post pauca, **von denselben jhren Gütern /** Item, **berürter Güter vnnd Dörffer /** &, in ipso articulo, de quo nunc disceptamus, bis ponitur, **alle solche Güter vorberürter /** & **alle dieselbe Güter zu Erb / vnd eigen Rechten.** Vocabulum,
113 **als nemblich /** *nominatim*, respondet latino *Videlicet*. Vox autẽ *nominatim* rem præsentem demonstrat, non futurã, *l. nominatim,*
114 *§. 1. ff. de condit. & demonst. l. nominatim, ff. de manum. testam.* Dictio itẽ *videlicet* est restrictiua, atque declaratiua eorum duntaxat, quæ in dispositione speciatim recensentur, *l. cum quidam, §. 1. ff. de vsur. l. vlt. in fin. C. in quibus caus. in integ. restitut. non est necess. Bart. in l. 1. ff. ad l. Aquil. Ias. in l. idem in duobus, §. personale, ff. de pact. & in l. iusiurandum quod ex conuentione, §. procurator, ff. de iure-*

iur. Robert. Marant. in specul. part. 3. num. 105.
Ioan. Cephal. consil. 704. numer. 14. & 15. Et verba **demselben/ berührt**/id est, *illa, dicta, prae-*
115 *dicta, supradicta*, stant relatiuè, & demonstratiuè ad praecedentia, seu prius specificata, *Bart. in l. si quis seruum. §. fin. ff. de legat. 2. & in l. qui liberis, §. haec verba, ff. de vulg. & pupill. subslit. fusissimè post alios M. Anton. Peregrin. in tract. de fidecom. artic. 16. num. 25.*
116 Ex hac verborum consideratione, (quam in priuilegiis interpretandis diligenter adhibendam pleriq; rectè monent, *Andr. Gail, 2. obs. 33. numer. 1. & 2.*) constat priuilegium de bonis in ipso nominatis atque enumeratis exaudiendũ esse: ex quo mox sequitur veritas posterioris propositionis, quod ad alia bona in futurum à Rechenbergis adquirenda saluo iure extendi ne-
117 queat. Sunt enim iudicio omnium priuilegia stricti iuris, *per tradita ab Andr. Tiraquell. in tract. consanguin. §. 1. gloss. 9. num. 186.* adeoque de re, de qua loquuntur, ad rem, de qua non loquuntur, non extensibilia, *c. porrò, ext. de priuileg. ibi:* sic eos volumus priuilegiorum tenorem seruare, quod eorum metas transgredi minimè videantur, *c. cum capella, eod. vbi Panorm. num. 5. ait:* priuilegium concessum capellis suis, non extenditur ad capellas postea adquisitas; *idem Panorm. in c. quia circa, num. 5. & ibi alij Cc. eod. de priuileg. Dd. in l. si quando, C. de inoff. test am. & in l. vlt. ff. de constitut. princip. Ioan. Cephal. cons. 616. numer. 25. & latius d. cons. 704. num. 9. cum seqq. Matth. VVesenbecc. cons. 78. num. 8. Natta cons. 139. num. 10. Andr. Geil, d. obs. 33. num. 2. & num. 9. cum similib.*

Jam verò Castrum Wartenberg priuilegio familiae non est insertum: immò nec inseri potuit: quia anno M. D. VIII. quo fuit impetratum priuilegium, apud Rechenbergos hoc Castrum nondum fuit, cum anno demùm M. D. XVI. duo fratres, Ioannes & Nicolaus, illud emptionis titulo separatim adquisierint: fit igitur, vt priuilegio non comprehendatur. Nec nouum est, vt licet illustres familię pacta gentilitia inierint, interim singuli de familia quaedam bona pactis illis non incorporata (& hîc priuilegio non vnita) singulari iure possideant.

Jn alia omnia transeunt Domini Rostochienses, & suadere conantur: bona Wartenbergensia priuilegiis gentilitiis contineri, atque adeò ad masculos, quamdiu supersunt, etiam pertinere.

Probant suam opinationem: quia instrumentum emptionis ait: *empta illa bona VVartenbergensia, emptores & haeredes eorum, eo modo habere, & possidere, illisq; vti frui debere, quo caetera bona habent, possident, & administrant.* Hinc intelligitur, *inquiunt*, bona empta, caeteris ante habitis, & possessis bonis vnita, & conformata esse, eisdem-
118 que regulis & priuilegiis contineri. Illa est enim vnionis, & connexorum natura & vis, vt de vnitis & connexis idem sit iudicium, *l. qui chirographum, l. praediis, §. fin. ff. de legat. 3. l. nulli, C. de iudic. Andr. Geil, l. 1. obser. 35. numer. 10. & lib. 1. de pace. publ. cap. 6. num. 6.*

Respondemus, quod adhuc sub iudice lis sit, an clausula allegata emptionis literis contineatur: quia Copiae *Except. sub lit. I. nu. 1.* ab ipso Domino Reo adiectae eam non habent: & quamuis *in breuiori duplica sub liter. E.* tanquam omissa ab eodem Reo suppleatur: tamen fides Domino Actori cum originali, aut alio modo, nondum est
119 facta: ideoq; eam meritò in protestatione sua aliter non acceptauit, quam sub conditione, si legitimè probabitur, *arg. auth. si quis in aliquo, & quae ibi notant Dd. C. de edend.*

Ponamus autem istiusmodi clausulam esse insertam dicto instrumento emptionis: certum tamen apud nos est, quod exaudienda sit de absoluto ac liberrimo dominio & plenissima alienandi facultate: minimè verò gentium de speciali iure succedendi ab intestato. Nam quandoquidem Castrum Wartenberg, vtpote primâ suâ origine liberum planè allodium, communibus succedendi regulis sub-
120 stat: ex clausula, quae sensum alium commodissimè habere potest, recessus aliquis, qui in omni dispositione periculosus est, à iure communi, & regulis ipsius praesumi non debet, *arg. text. in c. cùm dilectus, vbi pulchrè Abb. num. 6. ext. de consuetud. gloss. in c. statutum, ver. numerandum, de praebend. lib. 6. Innoc. in c. dilecti, ext. de donat. Bald. in l. nec auus, C. de emancipat. liberor. & in l. 1. C. de success. edict. cum similibus adductis per Nicol. Euerh. iun. cons. 13. numer. 38. vol. 2. & Roman.*
121 *cons. 318. numer. 5. & sequent.* vbi constanter

aiunt,

aiunt, omnium dispositionum verba, si dubia sunt & varij intellectus, ita accipienda esse, vt quantum fieri potest, ad ius commune reducantur. Immò, si verum amamus, inuertere Dominorum Consulentium argumentationem licet, hoc modo: Connexorum eadem vis est & natura, atqui bonorum Rechenbergicorum in communi libera est dispositio & alienatio, *per d. quæst. 1. & 2.* ergo & Wartenbergensium, quæ Rechenbergi quoque possidebant, illisque connexa perhibentur.

Secundò probant intentionem suam, quod Rex Ludouicus, emptionem bonorum Wartenbergensium confirmans, simul & coniunctim priuilegia Rechenbergica confirmauerit: rursus igitur existimant, ex vi coniunctionis bona illa sub priuilegiis contineri. Sed supra monitum, & prioribus responsis vberius probatum est, quod illa confirmatio non loquatur de omnibus priuilegiis Rechenbergiorum, sed de priuilegiis & iuribus bonorum Wartenbergensium. Deinde *etsi poneremus*, quod de omnibus aliis *priuilegiis* confirmans generaliter senserit, nulla tamen inde colligitur coniunctio, sed disiunguntur apertè contractus super Castro Wartenberg, & priuilegia, ibi: **confirmiern vnnd bestettigen denselben Kauff: darzu alle** priuilegia, &c. vo-
122 cabulum **darzu** / hoc est, *insuper, praeterea, hoc amplius*, diuersum quid à prioribus & nouum inducit: non vnit, sed separat: non coniungit, sed disiungit: adeo-
123 que locum habet illud vulgare, quod separatorum separata sit ratio, nec possit de vno ad aliud inferri, *l. fin. & ibi notatur, ff. de calumniat. Nicol. Euerh. Præs. in loc. à separat. numer. 1. iunctis iis, quæ habet Philipp. Deci. cons. 190. num. 7. & Paris. cons. 95. num. 8. & seqq. vol. 2.*

Tertiò dicunt, emptorem bona Wartenbergensia, exclusis propriis filiabus, per testamentum agnatis dedisse: & ex hoc colligi, quod iuxta familiæ priuilegium ea acceperit, illiusque regulis comprehendi voluerit: nec posse sine euidenti calumnia contradici. Concesso antecedente, negamus consecutionem: & quidem sine vllo metu pœnæ calumniatoribus à iure constitutæ. Quis enim ferat tale argumentum? Emptor bona exclusis filiabus testamento agnatis dedit, ergo priuilegio familiæ subiecta voluit. Quasi verò non alia ratio mouere eum potuerit? immò quasi non alia eum reipsa mouerit? nimirum, ne bona ista per matrimonia filiarum ad extraneos deuoluantur: & quia sciebat sibi ex priuilegio communi, quod disertis verbis in testamento allegat, integrum esse, prout placuerit, de rebus suis disponere. Si intuitu familiaris priuilegij agnatos filiabus præposuisset, eadem facilitate ad hoc referre se potuisset, qua ad commune se retulit? Quod quia non fecit, colligendum potius est, eum priuilegium familiæ vtpote iam tunc extinctum, insuper habuisse.

Quartò regerunt confirmationes priuilegij gentilitij à sacratissimis Principibus Rudolpho & Matthia datas: & protestationes eis oppositas per Dominum Actorem. Sed his suo loco satisfactum, *quæst. 2. numer. 5.* Addunt dici non posse, postremum testatorem Domino Reo petenti, vt bona Wartenbergensia priuilegio familiæ includerentur, assensum denegasse: cùm diuersum facto suo ostenderit, dum proximum agnatum bonorum illorum, iuxta priuilegij familiaris tenorem, hæredem scripsit. De consensu expresso postremi testatoris ex Actis non constat: immò contrarium constat *ex documento apud Replicas litera Z.* vbi Dominus Reus & Casparus de Rechenberg narrant, quod sæpius ob hanc causam requisitus sese excusauerit, & denuò eum monent, vt rem vnà cum ipsis tandem aliquando effectui det: sed nec istam monitionem pondus habuisse facillimè coniicimus, quia Dominus Reus nihil de consensu secuto adfert: quod sanè non omisisset, si quid gestum esse probare potuisset. Et verò nec consensus tacitus inde elicitur, quod agnatum hæredem scripsit: professus est enim suo testamento se id ex libertate iuris & priuilegij communis fecisse, ibi: **vnnd diß nicht auß Verpflichtung**

sonder

sonder auß Gutwilligkeit. Et meritò hic quæras, cur non & illud Domini Consulentes inducant? quod idem prætensus testator bona antiqua Rechenbergiorum, & in priuilegio familiari expresè nominata, per viam legati in fœminam omninò extraneam perpetuo allodij iure alienauit. Nimirum, quia putant, faciliùs declinari non posse ea, quibus constricti tenentur, quàm tacendo, atque dissimulando.

Quintò aiunt, non esse nouum in familia Rechenbergica, vt bona quantumuis à peregrinis empta, nihilominus priuilegiis gentilitiis subiiciantur. Exemplum ponunt in bonis Schlauensibus, *ex docum. duplicar. sub litera u u.* Verùm si aliud exemplum non habent, quam istud: sanè argumentationi huic suæ exiguam fidem conciliant. Nam bona Schlauensia non sunt peregrina, hoc est, in familiam Rechenbergicam non venerunt nouiter: sed in ipso priuilegio familiæ primum locum occupant; adeoque non opus, vt per interpretationem ad illud reuocentur: nec etiam à peregrinis empta sunt, sed Dominus Reus emit ea ab agnato, fratris nimirum filio, tunc temporis adhuc minorenni, *vti attestatur cit. docum. sub liter. VV. VV. iunct. iis, quæ habet Dn. Actor. in protestatione sua, cõtra duplicas ad d. docum.* De bonis Wartenbergensibus sunt omnia in contrarium: fuerunt quippe verè peregrina, id est, extra familiam, & extra familiæ priuilegium: & quamuis titulo emptionis ad duos de familia successu temporum venerint, in priuilegia tamen familiæ expresè non venerunt, nec per interpretationem ad ea trahi possunt: quæ nostra est sententia, sufficienter, vt opinamur, probata, & ab obiectionibus Rostochiensium sufficienter vindicata.

Quæstio IV.

Quam sententiam & quam vim habeat vltima voluntas Equitis aurati, Domini Ioannis de Rechenberg.

Argumentum.

Fideicommissum familiæ simplex, absolutum, atque fœminarum perpetuò exclusiuum suo testamento Equitem auratum instituisse: neque ex verbis testamenti deduci, neque ex mente iam dicti testatoris erui posse. Concludendum igitur, fideicommissum huiusmodi non extare.

Sensus huius quæsiti est: Vtrum Eques auratus suo testamento fideicommissum simplex, absolutum, atque fœminarum, quamdiu supersunt masculi, perpetuò exclusiuum induxerit.

Incidit hoc loco controuersia circa verba & mentem testatoris. Amplissima Lipsiensis Facultas ex facto super hac quęstione consulta, respondit: *nec ex verbis nec ex mente huiusmodi fideicommissum apparere, Acta, lit. N. num. 6.* quæ etiam nostra semper fuit sententia. Domini verò Rostochienses ingenti ausu contrarium monstrare conantur: non quidem, vt legenti patet, ex verbis (sunt enim contra ipsos verba nimis perspicua) sed ex mente: de qua per coniecturas quasdam periculosè
124 speculantur, & diuinant. Dicimus periculosè: cùm enim de mente hominis nullum sit directum testimonium, sed soli Deo nota sit, *vt ait Bald. in l. 1. col. 7. vers. modò sequitur alia, C de confess. & Andr. Tiraquel. in l. si vnquam, verb. libertis, nu. 23. C. de reuoc.*
125 *donat.* verissimum est illud *M. Tullij in lib. 2. de diuinat.* effatũ; *multa incommoda sequi si instituatur voluntatis quæstio, vt à scriptis recedatur, Nam & eos, qui aliquid scribunt, non existimaturos id, quod scripserint, ratum futurum: & eos, qui iudicant, certum, quod sequantur, nihil habituros, si semel à scripto recedere consueuerint.*

Noster labor circa hanc controuersiam iste erit: primò ostendemus scripturam testamenti fideicommissum, quod sibi imaginantur, non continere: Secundò coniecturas illas, quibus innixi, ex mente fidei-

fideicommissum eruunt, tam vrgentes non esse, vt propterea à scriptura recedere debeamus.

Literam igitur & verba testamenti quod attinet, vt certa ab incertis, huiusque loci propria ab alienis separemus: constat *ex §.14. & 15.* testamenti Domini Equitis, cum in Dominiis Beuthen/ & Thorne/ instituisse Melchiorem & Franciscum agnatos: in Dominio Schlaua autem fratrem Clementem, aut eo mortuo, filios ipsius. Hæc dispositio, præterquã, quod huc non pertinet, cùm Dominia specificata in præsenti lite non sint, duas continet institutiones: & vnam substitutionem, nimirum vulgarem, circa filios Clemẽtis: fideicommissi verò nec vola nec vestigium.

Quod reliqua bona Equitis, & quidem hodie controuersa, attinet, duæ rursus sunt institutiones: substitutio autẽ rursus nulla, nisi vnica vulgaris. Nam in Castro Wartenberg cum pertinentiis institutus est Georgius de Rechenberg purè, & sine vlla adiectione aut grauamine: in Dominiis Lindaw/ Newstatt/ Poschwitz/ rc. sunt instituti hæredes antè nominati, puta, Melchior, *Franciscus*, Georgius agnati, & Clemens *frater* aut filij ipsius: iterum purè, & sine vllo onere: præterquã quod Melchiori de Gierßdorff/ ex sorore nepoti, vsusfructus
126 ex eis relictus sit. Quod vsusfructus relictum non impedit, quo minus institutio purè facta dicatur, quantumuis disposuit testator, vt post mortem demùm vsufructuarij ad hæredes institutos bona deueniant: quia tempus mortis non est adiectum institutioni, vt eam impediat, quo minus instituti mox hæredes sint, adire item, & transmittere hæreditatem possint: sed vt ostendatur enixa testatoris voluntas, super viribus constituti vsusfructus, & ne vsufructuarius viuens ab hæredibus in vtendo fruendo turbetur. Breuiter verba, *post mortem*, non suspendunt institutionem, sed executionem institutionis, quoad apprehẽsionem bonorum, *ita post complures alios præclarè Didac. Couar. lib. 3. variar. resolut. cap. 2. numer. 5. vers. iure tamen verius est. Andr. Geil. lib. 2. obser. cap. 143. num. 3. & 4. Carol. Molin. in addit. ad Alexandr. cons. 162. num. 3. vol. 2. Paris. cons. 97. num. 1. cum seq. vol. 2. Bald. in l. id quod pauperibus, num. 27. C. de Episc. & cler. & in l. filius à patre, vbi etiam Paul. de Castr. num. 5. ff. de liber. & posthum.*

Scimus alios aliter voluntatem testatoris interpretari, in casu, quo testator alicui vsumfructum bonorum reliquit, & in iisdem bonis alios hæredes fecit; nimi-
127 rum quod illi priori, detractâ vsusfructus mentione, proprietas ipsa relicta, atque adeò hæres institutus censeatur: posteriores verò per fideicommissum, priore extincto, succedant, *vt multis authoritatibus cumulatis tradit Iacob. Menoch. cons. 274. numer. 1. & latius cons. 273. num. 4. & aliquot seqq. & lib. 4. de præsumpt. præs. 141. numer. 26. vers. secundum quod est hic considerandum.* Verùm quoniam disputatio ista spinosa est, & Doctores vtrinque variant, in medio eam relinquemus, & dabimus Dominis Consulentibus, vt vel hanc, vel illam interpretationem eligant, dicantque agnatos, & fratrem vel institutos esse in Dominiis Lindaw/ Newstatt/ rc. vt prior, & quidem probabilior, habet opinio: vel per fideicommissum post mortẽ Melchioris de Gierßdorff vocatos, vt habet opinio posterior: quam etiam non improbauimus, *resp. 3. numer. 166.* Quamcunque enim opinionem teneamus, inferri contra nos, & decisionem huius nostræ quæstionis nihil poterit: cùm vel nullum omninò adsit fideicommissum: vel certè tale, quod ad personas in indiuiduo nominatas restrictum & coarctatum olim euanuit: quando post mortem Melchioris de Gierßdorff personæ nominatæ & vocatæ bona supradicta adquisierunt, *per ea quæ infra latiùs dicentur.*

Quæ cùm ita sint, quod quoad Castrũ Wartenbergense & eius pertinentias vnica duntaxat in testamento Equitis aurati legatur institutio: quoad reliqua verò bona, hodie in lite posita rursus vnica institutio, vel etiam substitutio vulgaris inueniatur; aut ad summum etiam fideicommissum quidem, sed iam pridem extinctum: si verbis testamenti inhæremus, pro inuictissima veritate habendum est, testatorem fideicommissum reale, graduale, perpetuum & absolutum, vt prætendunt, non instituisse: ex quo ipso constanter euincitur, nec talem mentem testatoris
128 fuisse. Quotiescunq; enim Iurisconsultis

aut

aut Interpretibus dubia voluntatis quæ-
stio occurrit, verba testatoris consideran-
tes, ex hoc ipso, quod testator id, quod in
controuersiam venit, non dixit, eum hoc
ne voluisse quidem, atq; propterea mini-
mè admittendum esse, respondere solent,
vt in l. si alienus, ibi: quia rogatus non est, ff. de
legat. 2. l. quidā, ibi: non tamen aliter ab eo fidei-
commissum peti posse, quàm si & testatorem fi-
dem eius secutus esse probaretur, ff. de hæredib.
instit. l. 1. §. sin autē deficientis, ibi: si contrarium
volebat testator, nulla erat difficultas scribere,
C. de caduc. toll. l. 1. §. illud, ibi: voluntatis quæstio
ex scripto plerumque declaratur. ff. de iure Co-
dicill. cum multis similibus, quæ copiosissimè con-
gessit Hartmann. Pist. lib. 3. quæst. iur. q. 30. nu. 21.
& lib. 4. quæst. 9. nu. 55. vers. hæc etsi speciosè. Ro-
129 *land. à Vall. cons. 56. num. 5. vol. 3.* Idq; potissi-
mùm in fideicommissis, & aliis id genus
oneribus hæredi iniungendis locū habet:
quippe cùm in his pro regula traditū sit,
illi, qui ex onere hæredi iniuncto aliquid
ad se pertinere dicit, semper obiici posse:
de te non loquitur dispositio, item, *non extat fi-*
deicōmissum: cuius regulæ præter alios memine-
runt Ioan. And. in addit. ad speculator. tit. de te-
stam. §. 1. vers. occurrit. in fin. Oldra. cons. 21. the-
ma tale est, M. Anton. Peregr. de fideicom. art. 1.
num. 26. & art. 11. num. 37. Iacob. Menoch. lib. 4.
præsumpt. 67. num. 1. Pistor. d. quæst. 9. nu. 57. Ti-
ber. Decian. cons. 55. num. 9. vol. 3. Mich. Grass.
in § fideicommissum, quæst. 4. num. 9. Augustin.
Beroi. cons. 99. nu. 4. vol. 2. Roland. à Vall. d. cons.
56. num 4. vol. 3.

Et quamuis (vt ita sensim ad secundam
130 partem quęstionis deueniamus) iura non-
nunquam permittant, secundum diuer-
sas factorum species, ex eo, quod testator
disposuit dixitque, mentem eius etiam in
aliis non expressis per coniecturas inda-
gare, *l. fideicommissa, §. item si quis certam quā-*
titatem, ff. de legat. 3. l. penult. ff. de legat. 1. l. hæ-
redes mei, §. cùm ita, ff. ad SC. Trebell. l. Pamphi-
lo, in princ. ff. de legat. 3. l. cùm virum, C. de fidei-
commiss. Philip. Dec. cons. 277. nu. 8. & 9. Fran-
131 *cis. de Caldas cons. 9. nu. 80.* debent tamen con-
iecturæ illę esse graues, vrgentes, legitimę,
necessariò concludentes, & cumprimis
præsenti scænæ, id est, dispositioni seu hy-
pothesi, circa quam versamur, consenta-
neę, *Dd. omnes, in l. 1. verb. euidenter, C. de con-*
dit. insert. & in l. prædia, §. liberti, verb. mani-
festè, ff. de instruct. vel instrum. legat. Iacob. Me-
noch. lib. 4. de præsumpt. præs. 67. n. 9. cum seqq.
& cons. 85. nu. 88. M. Ant. Peregr. in tract. de fi-
deicom. art. 11. num. 33. cum seqq. Pet. Anton. de
Petr. in eod. tract. quæst. 9. num. 62. & fusius nu.
143. cum seqq. Hartman. Pistor. d. lib. 4. q. 9. nu.
132 *78. & infiniti alij.* alioqui succedit, quod ob
diuinationes & phantasias hominum, ple-
rumque ex affectu nimio erga Clientem
descendentes, à verbis & scripto receden-
dum non sit, *Dd. in l. quidam cum filium, ff. de*
hæred. instituend. vbi *Imol.* ait: *per hoc limitari*
omnia iura mundi, quibus cauetur, voluntatem
testatoris seruandam esse, vt refert *Pistor. d. loc.*
nu. 77. Quod autem coniecturæ legitimæ,
concludentes, & ad nostrum propositum
idoneæ adsint, simpliciter negamus. Et
cōstabit ratio negationis, si ad singula, quæ
Domini Rostochienses pro coniecturis
habent & inducunt, sigillatim responde-
rimus.

133 Jtaque prima eorum coniectura est:
quando testator prærogatiuam masculi-
nitatis prę oculis habuit, fideicommissum
instituisse intelligendus est, allegant *Gui-*
134 *don. Papa decis. 154. & decis. 531.* rationemque
adferunt, quod testator, masculinam qua-
litatem considerando, censeatur duxisse
rationem familiæ & agnationis, atq; adeò
voluisse, vt bona in familia sua conserua-
rentur. Quia verò istud absq; onere fidei-
commissi fieri non posset, id est, nisi hære-
des masculi fideicommisso grauati intelli-
gerentur, ideò fideicommissum nō solum
inductum, sed & repetitum censetur, *Dd.*
nonnulli apud Hartman. Pistor. lib. 4. quæst. iur.
q. 9. num. 39. vers. cuius hanc adferunt rationem.
Jn proposito autem Eques auratus mascu-
linam qualitatem, & prærogatiuam con-
siderauit: quia priuilegium familiare siue
gentilitium respexit: filium, si quis ipsi na-
sceretur, hæredem institutum voluit: &
quod præcipuum est, exclusis propriis fi-
liabus, fratres & collaterales agnatos eis
prætulit, vtque voluntas ipsius magis eni-
xa appareret, iam dictam qualitatem sæ-
pius repetiit: immò sororis filio agnatos
generatim substituit, adeoq; masculinita-
tis prærogatiuam in infinitum, & sine ex-
ceptione cogitauit, ponderauit & ad po-
steros transtulit; ita rem exaggerant *deci-*
sione sua 1. 2. 5. & 6.

135 Ad hanc coniecturam respondemus: qualitatem masculinam nõn sufficere ad hoc, vt quis ob hanc qualitatem actiuè, vt ita loquamur, institutus, aut ad fideicommissum vocatus, passiuè etiam grauatus dici debeat: neque enim sequitur, iste propterea, quod masculus est, hæres institutus aut fideicommisso honoratus est, ergo
136 etiam fideicommisso grauatus: sed tantùm, quia honoratus est, ergo potuit fideicommisso grauari, *l. ab eo, C. de fideicom. l. 1. §. sciendum est autem, cum aliquot ll. seqq. ff. de legat. 3. § 1. l. de sing. reb. per fideicom. relict.* à
137 posse autem ad esse non valet argumentũ, *per text. in terminis l. in testamẽto, C. de testam. milit.* in cuius specie postquam rescripserat Imperator, militem posse suo hæredi substituere, subiungit: *sed an frater tuus hoc senserit*, id est, an substitutionem fecerit, *tibi probandum est*: satis perspicuè docens, hoc ex illo, voluntatem scilicet ex potestate, minimè inferri posse. Hîc verò Ioannes Eques auratus fratrem & certos agnatos propter masculinitatem hęredes instituit, eosdemque ob eandem rationem cognato per fideicommissum, secundum vnam opinionem, substituit, atque adeò fideicommisso vlterius grauare potuit; quod autem potestatem hanc voluntas grauandi secuta sit, ex sola masculinitatis qualitate colligere non licet: sed aliunde probandum est.

138 Hinc rectè scribit *Hartmann. Pistor. d. quæst. 9. numer. 91.* abuti auctoritate *Guidonis Papæ* eos, qui eum ad hoc allegant, quasi citatis locis ex masculinâ qualitate fidei-
139 commissum induxisset. Nam *Guido* hanc tantùm quæstionem tractat: an positus in conditione sub qualitate masculinitatis censeatur vocatus? responderque ad eam affirmatiuè, cum multis Dd. qui ipsi adstipulantur, & quos recensent *Iacob. Menoch. cons. 152. num. 3. & cons. 393. num. 8. & Tiber. Decian. cons. 31. num. 118. vol. 1.* Postea subsumit vlterius, quandoquidem sub dicta qualitate in conditione positus pro vocato & honorato à testatore habetur, sequitur, si testator ei fideicommissum iniunxit, valere fideicommissum, tanquam in persona honorata à testatore *d. l. 1. §. sciendum est*
140 *cum similib. ff. de legat. 3.* Et hoc ante *Hartman. Pistoris* sensit etiam *Aym. Crauett. cons. 98. nu. 14. argumentum Guidonis Papæ*, inquit, *benè infert, quod vbi filij tales* (nempe sub qualitate masculinitatis in conditione positi) *sunt vocati, ergo possunt grauari: sed non infert, quod ex eo solum, quod sunt vocati, censeantur grauati, &c.* sequitur. *Iacob. Menoch. d. cons. 152. nu. 49. & d. cons. 393 num. 68.*

Ad rationem, quod testator quali-
141 tatem masculinam cogitans, de conseruatione familiæ & agnationis cogitet, dicimus, id verum esse in casu disposito à testatore, siue in quo testatorem eius rationem duxisse apparet, in aliis casibus non item, *Francisc. Mantic. de coniect. vlt. volunt. lib. 6. tit. 15. numer. 6. qualitas generis masculini*, inquit, *consideratur solum in casibus expressis ab ipso testatore, non autem in omissis, Hartman. Pistor. d. quæst. 9. numer. 94. & nos declarabimus latius infra, circa tertiam coniecturam.* Quo pertinet etiam illud, quod de vi gemina-
142 tionis scribunt, *ex l. cùm scimus, C. de agric. & censit. lib. 11. & l. Balista, ff. ad SC. Trebell.* apparet quippe enixa voluntas testatoris ex geminatione, quod masculos à se nominatos honorare voluerit: sed quod operetur vlterius, id est, circa istos masculos honoratos, aut etiam sequẽtes in gradibus, ad hoc, vt fideicommissi onere grauati intelligantur, nullo iure probatur, nullâ quoq; probabili ratione aut bonâ consequentiâ deduci inde potest.

Sanè illud pati omnino nõ possumus, quod aiunt, testatorem ad priuilegium familiæ respexisse. Ad euertendum namq; dictum istud, alio teste non indigemus, quam ipsomet testatore: qui, quod in suo elogio ad prouinciale priuilegium respectum habuerit, apertè profitetur, *vide resp. 3. num. 144. cum aliquot seqq.* Non minore vitio laborat, quod Ioannes Eques agnatos generatim vocauerit, & sic masculinitatem in infinitũ ob oculos habuerit: Nam Eques post mortem Melchioris de **Gierßdorff** cognati vocauit quidem agnatos: quos autem? non collectiuè, seu indefinitâ locutione omnes: sed speciatim eos quos præcedente paragrapho hæredes instituerat: **Vnd wann er todtes halben abgeht** (sunt verba testamenti) **so sollen dieselben Güter / so er innen gehabt vnnd gebraucht / wider an meinen Brudern Clement / oder seine Söhne / vnd meine Vät-**

tern Georgen / Melchior vnnd Frantzen Rechenberg zugleich fallen vnnd erblich kommen / etc. Et quamuis subiiciatur, **welche mein Brüder vnd Vättern /** est tamen hoc verbum, **Vättern /** relatiuè positum, intelligendum iuxta præcedentia, id est, de illis agnatis, quos immediatè antea testator nominauerat. In illis personis voluntas testatoris terminatur: neque in infinitum porrigenda est.

143 Secunda coniectura: testator qui filias magis dilectas propter masculos exclusit, multò magis cæteras fœminas exclusisse censendus est, ne scilicet in absurdum illud incidamus, quod filiæ deterioris conditionis sint, quàm remotiores fœminæ, *l. si viua matre, C. de bon. matern. l. qui fundum, §. qui filios, ff. ad leg. Falcid. l. Publius Mæuius, §. fin. ff. de condit. & demonstrat. Paul. de Castr.*
144 *cons. 409. num. 4. vol. 2.* quæ absurditas vt de-
145 uitetur, *arg. l. nam absurdum, ff. de bon. libert.* placuit, fideicommissum magis dilectæ personæ impositum censeri repetitum in minus dilectis, *Ias. in l. licet imperator nu. 24. ff. de legat. 1. & alij apud Hartmann. Pistor. supr. cit. quæst. 9. numer. 35.* Atqui iam ostensum, quod Eques auratus à bonis hodie cõtrouersis filias excluserit, & fratres aliosque agnatos eis præposuerit, ergo & neptes & vlteriores descendentes fœminas exclusisse, adeoq; masculos fideicommisso onerasse, vt vnus alteri restituat, præsumendus est, *ita Rostochienses decisione, 3. & 4.*

146 Verùm respondemus, ex eo quod Eques auratus certos masculos determinatè ad successionem vocauit, & filias determinatè exclusit: generaliter non infertur, quod propterea omnes masculi intelligãtur vocati, & omnes fœminæ exclusæ. Vitiosa enim est collectio, à singulari ad vniuersale. Et si voluisset in vniuersum masculos vocare, & fœminas reiicere testator, non vocasset certos masculos, sed gradatim agnatos, siue totam familiam, vt in perpetuis fideicommissis fieri amat: quod quia non fecit, nec nos diuinando supple-
147 re possumus, *in terminis Francisc. Mant. de coniectur. vltim. voluntat. d. lib. 6. tit. 15. num. 7. Ioan. Cephal. cons. 46. numer. 28. Tiber. Decian. cons. 1. num. 186. vol. 2. Fulu. Pacian. cons. 17. nu. 41. Hartman. Pistor. d. quæst. 9. num. 97. Vbi ait;* quemadmodum fauor masculinitatis, aut agnationis vlterius se non extendit, quàm in casu à testatore expresso, ita etiam exclusio fœminarum vlterius non operatur, quàm in casibus, in quibus testator eas ex-
148 clusit: sicut in simili de statuto excludente fœminas propter masculos traditur, istud, quamuis agnationis fauorem respiciat, locum tantummodò habere in personis expressis, & specificatis, non autem ad alias extendi. *Alexand. cons. 80. num. 4. vol. 1. Ruin. cons. 71. num. 4. & cons. 31. nu. 6. vol. 3. Rub. cons. 118. num. 2. Deci. cons. 451. in fin. & in l. 1. num. 3. & fin. C. de success. Edict. & post hos omnes Iacob. Menoch. cons. 347. num. 44.* Cum itaque casu nostro Eques auratus non excluserit generatim à successione fœminas, sed in specie filias, & quidem non propter masculos quoscunque, sed propter certos & specificatos, efficitur, vt quod vtrinq; certis limitibus per dispositionem testatoris est inclusum, ad infinitam fœminarum exclusionem, & masculorum vocationem atque grauamen nos extendere non debeamus.

149 Neque obstat, quod hoc modo fœminæ remotiores sint melioris conditionis, quàm filiæ, quia nostra specie, & quoad nostrum testatorem, id omninò negatur: nam testator filiabus amplissimam dotem, pretiosissima mobilia, & vsumfructum immobilium vsq; ad tempora nuptiarum assignauit: neptibus verò & vlterioribus fœminis nihil reliquit: quæ fœminæ licet eueniente casu ad successionem aditum habeant, neutiquã ex dispositione Equitis succedunt: sed ex dispositione successorum, vel expressâ, vbi hæredes essent institutæ, aut ad fideicommissum vocatæ: vel tacitâ, vbi ab intestato succederent, *ita Cephal. d. cons. 46. num. 28. Decian. d. cons. 1. num. 103. vol. 2. Pacian. d. cons. 17. num. 41. & ante eos Alexand. cons. 38. num. 6. & 7. vol. 6. Quibus adde, quæ habet Ari. Pinell. in l. 3. num. 27. vers. nec tanta vis erit, C. de bon. mater. & M. Anton. Peregrin. in tract. de fideicom. art. 25. numer. 24. vers. idem esset si testator, & Roland. à Vall. cons. 56. num. 26. vol. 3.*

150 Minus obstat, quod fideicommissum magis dilecto impositum censeatur repetitum in minus dilecto: si enim hæc ratio sufficeret ad hoc, vt fideicommissum de persona ad personam extendere liceat, nul-

nullus fideicommiſſorum finis erit, ſed
cùm ſemper remotiores minus dilecti cé-
ſeantur, ſubſtitutiones ſemper ad illos e-
tiam in infinitum pertinere intelligeren-
tur, contra receptas paſſim doctrinas,
quibus extenſio fideicommiſſorum om-
nibus modis reſtringitur, immò prohibe-
tur, *Oldrad conſ. 21 quem alij vt anteſignanum
magno conſenſu paſſim ſequuntur.* Ideoq́ue in
fideicommiſſis huic coniecturæ locum
non eſſe, tradiderunt. *Iacob. Menoch. de præ-
ſumpt. lib. 4. præſ. 69 numer. 21. verſ. cæterùm ab
hac opinione, Aym Crauett. conſ. 98. nu. 14. verſ.
non obſtat quartum, conſ. 161. nu. 17. verſ. ſecun-
dò reſpondeo, & conſ. 306. numer. 6. Ioan. Cephal.
conſ. 433. num. 40. Decian conſ. 2. num. 74. vol. 2.
Iacob. Menoch. conſ. 85. numer. 120. & conſ. 152.
num. 57. & alij apud Piſtor. ſæpe d. quæſt. 9. n. 89.*

Tertia coniectura: in qua Conſulen-
tes à qualitate maſculis fauente, & fœmi-
nas excludente progreſſum faciunt ad ra-
tionem de conſeruanda familia: Aiunt, in
§. **zum vierzehenden**/ leguntur iſta verba:
**damit meine nachgelaſſene Güter nicht al-
lein frembde Hende durch verehelichung
mit meinen Töchtern kommen.** Hiſce ver-
bis teſtator disertè conteſtatus eſt, ſe ideò
filias excludere, illisq́ue agnatos præferre,
ne bona in alienas manus per matrimonia
151 filiarum deueniant: quæ ratio, *ne bona de
familia, aut agnatione exeant*, vel quod per-
inde eſt, *vt bona in familia permaneant*, certũ
fideicommiſſi facti ſignum & notam ex-
hibent, *l. codicillis, § inſtituto, ibi gloſſ. verb. fi-
lijs ſuis, ff. de legat. 2. Bartol. in l. peto, §. fratre,
num. 2. ff. eod. cum alijs per conſulentes longo or-
dine deciſ. 7. congeſtis.*

Huic coniecturæ, quam pro Achille
habere videntur, vt ex fundamentis ſatiſ-
fiat, res paullò altiùs repetenda eſt: & in-
primis oſtendendum, quibus caſibus ra-
tio de conſeruandâ familiâ circa perpe-
tuationem fideicommiſſi operetur: dein,
an caſus iſti in teſtamento Equitis inueni-
antur, atq; adeò an præſenti facto & cauſ-
ſæ accommodari poſſint.

Sunt igitur iuridicè loquendo duo
principales caſus, quibus ratio iam dicta
non tam inducere fideicõmiſſum, quàm
per diſpoſitionem teſtatoris tacitè aut ex-
preſſè inductum continuare atque perpe-
tuare ſolet.

152 Primus caſus eſt, quando teſtator hæ-
redibus à ſe inſtitutis alienationem pro-
hibuit. Hæc prohibitio quamuis per ſe ſo-
la, vtpote nudum præceptum continens,
nihil faciat, ſed ſperni ab hæredibus poſ-
ſit, *l. filiusfamilias, §. Diuij. l. 2. ff. de leg. 1. l pa-
ter filium, §. Iulius Agrippa, & l. Lucius Titius
teſtamento, in fi princ. ff. de legat. 3. l. Titio cen-
tum, in princ. ff. de condit. & demonſtrat. Ro-
bertus Maranta in tract. de multiplic. alienat.
prohib. num. 159. Roland. à Valle, conſ. 25. numer.*
153 *18. & ſeq.* tamen ſi veſtitur cauſſa, vt quan-
do prohibet teſtator alienationem, adie-
cta ratione, quia vult, *vt bona in familia per-
petuò conſeruentur*, vel *ne vnquam famili-
am exeant*; inductum cenſetur tacitum fi-
deicommiſſum: & quidem in ſuis termi-
nis perpetuum atque graduale, *d. l. filiusfa-
mil. §. Diui, verſ. quod ſi liberis, & §. cum pater,
ff. de legat. 1. l. vnum ex familia, §. ſed etſi fun-
dum, verſ. quod ſi talia, l. peto, §. fratre, l. cùm
pater, §. libertis, ff. de legat 2. D. Andr. Fachin.
lib. 4. controuerſ. cap. 49. Mich. Graſſ. in § fidei-
commiſſum, quæſt. 5. Pet. Anton. de Petr. in tra-
ctatu hac ſuper re ſcripto, præſertim quæſt. 1.*
154 *numer. 75. cum ſeqq.* vocant tacitum: quia
non venit ex verbis fideicommiſſum in-
ducentibus, ſed ex teſtatoris voluntate;
quæ cùm ſeruanda ſit, (quia neque con-
tra leges eſt, neque contra bonos mores)
aliter tamen ſeruari effectumq́ue ſortiri
non poteſt: quàm ſi fideicommiſſum iu-
ris interpretatione inductum dicamus, vt
vnus de familia alteri reſtituat, *eleganter
Anton. Faber, lib. 14. coniectur. iur. cap. 6. & in
Cod. ſuo, lib. 6. tit. 20. definit. 4. verſ. at ſi quis bo-
na ſua.*

Secundus caſus, quando teſtator ab
155 hæredibus inſtitutis vlterius progreſſus
eſt, vocando collectiuè familiam, deſcen-
dentes, agnationem, gentem, &c. & præ-
terea etiam per modum cauſæ principalis
adiecit, quod velit *bona ſua perpetuo apud
vocatos manere*, aut quod velit, *ne vnquam
ab eis abſcedant*, rurſus inductum cenſetur
perpetuum fideicommiſſum, *l. omnia a-
liâs, l. cùm ita legatur, § in fideicommiſſo, ff. de
legat. 2. l. fin. C. de verb. ſignif. Iacob. Menoch.
lib. 4. præſ. 69. num. 9. Franciſc. Mantic. de con-
iect. vlt. volunt. lib. 6. tit. 14. num 21. cum ſeqq.
& tit. 15. Didac. Couarr. in c. Raynaldus, num. 9.
ext. de teſtam. Mich. Graſſ. d. §. fideicommiſſum,*

N 2 *quæſt. 4.*

156 *quæst.4.numer.17.* & quidem fideicommiſ-
ſum expreſſum, propter verba teſtatoris,
quibus ad plures gradus digreſſus eſt,
quod tacitam alienationis prohibitio-
nem annexam habet, *l. Marcellus, §. res
quæ, ff. ad SC. Trebell. l. fin. §. ſed quia, & auth.
res quæ, & vtrobique Dd. C. comm. de legat.* ob
eandem rationem, quam primo caſu de-
dimus, quia voluntas teſtatoris exitum
habere non poſſet, niſi omnes de fami-
lia, de deſcendentibus, agnatis, &c. alie-
nare prohibitos, & reſtituere grauatos di-
ceremus.

Hos caſus ſi diſpoſitioni Equitis aura-
ti accommodare cupias, perinde feceris,
atque

Humano capiti ceruicem pictor equinam
Iungere ſi velit.

Nam teſtator iſte ſucceſſores quidem
ſibi nominauit: ſed alienationem eis nul-
lo verbo prohibuit: Vnde quoniam ra-
tio, qua vſus eſt, *ne bona omnia per matri-
monia filiarum in peregrinas manus incidant,*
157 non acceſſit prohibitioni de alienando,
eamque, vt ita loquamur, veſtiuit, per ſe
ſola fideicommiſſum tacitum non ope-
ratur, & per conſequens multò minus
perpetuat fideicommiſſum: teſtis eſt poſt
alios *Hartmann. Piſtor. lib. 4. quæſt. iur. quæſt.
9. numer. 92. vbi ait: quod in ſpecie à pleriſque
traditum eſt, agnationis, & familiæ fauore
fideicommiſſum introduci, loquuntur omnes de
eiuſmodi caſu, quando teſtator expreſsè prohi-
buit alienare bona extra familiam, addita ra-
tione, quod voluerit bona conſeruare in fami-
lia:* tenet idem *Auguſtin. Beroi. conſ. 88 nu-
mer. 4. vol. 2. Iacob. Menoch. conſ. 85. nu. 105. &*
158 *alij innumerabiles.* Deinde idem teſtator,
poſt inſtitutionem factam, non progreſ-
ſus eſt ad vocationem familiæ, deſcenden-
tium, agnationis, &c. vt hinc eadem ra-
tio non inducat, aut extendat de gradu
in gradum fideicommiſſum expreſſum:
quippe quod ſemper præſupponit ex-
preſſam diſpoſitionem teſtatoris ad plu-
res gradus digredientis. Expreſſum ſiqui-
dem illud eſt, quod ex verbis teſtamenti
venit: & expreſſa ſubſtitutio, quando te-
ſtator poſt hæredes inſtitutos, alios etiam
159 vocauit, *l. 1. in princ. ff. de vulg. & pupill. ſub-
ſtitut.* vbi definitur ſubſtitutio; ſecundo
aut vlteriore gradu facta inſtitutio, *Ioach.
Mynſ. in rubr. I. numer. 3. & 4. de vulg. ſubſt.
Matth. VVeſebecc. in Paratit. ff. num. 1. eod. &
alij paſsim.*

Vnum eſt, quod quis obiiciat, etiamſi
in perſona Georgij Eques auratus ad plu-
res perſonas, & gradus progreſſus non eſt;
id factum tamen in perſona Clementis
fratris, cui ſubſtituit filios: item in perſo-
na Melchioris de Gierßdorff/ cui ſubſti-
tuit agnatos quoſdam: & quandoquidem
his ſubſtitutionibus adiecta eſt generalis
ratio de conſeruanda familia, extenden-
dæ ſunt de perſonis ſubſtitutis, aut etiam
610 aliter nominatis, ad alias, quantumuis
non ſubſtitutas, aut nominatas. Notum
quippe eſt, quod ratio trahit ad ſe dictum,
& illud ampliat, aut reſtringit, quatenus
generalitas eius, & vires patiuntur, *l. cùm
pater, §. dulciſsimis, ff. de legat. 2. l. pater filium,
§. fundum, & ibi Bart. ff. de legat. 3.*

Reſpondemus ſubſtitutionem Cle-
menti factam eſſe ſubſtitutionem vulga-
rem, propter conceptionem verborum,
ibi: **Meinem Bruder Clement/ oder nach
ſeinem Todt ſeinen Söhnen/** hoc eſt, fra-
tri meo Clementi, aut, mortuo eo, filiis
161 ipſius: aduerſatiua, **Oder/** nota eſt vulga-
ris ſubſtitutionis, *Tiber. Decian. conſ. 31. nu-
mer. 38. & ſeq. vol. 1. Pet. Anton. de Petr. tract.
de fideicommiſ. quæſt. 5. numer. 163. verſ. & in
caſu; & nos tradidimus, reſp. 3. num. 105.* ac pro-
inde ſubſtitutio iſta, poſt mortem Equitis
162 per aditionem Clementis, qui vitam ad
caſum delatæ hæreditatis protraxit, mox
euanuit, *l. poſt aditam, C. de impub. & al. ſubſti-
tut. l. ſi legata, C. de legat. Mich. Graſ. in §. ſub-
ſtitutio, quæſt. 15. num. 1.* Melchiori de **Gierß-**
163 **dorff** verius eſt, quod omninò ſubſtitu-
tum non fuerit: quia agnati, qui ei ſuppo-
ſiti videntur, ſunt purè hæredes, & Mel-
chior, vſufructuarius, *Andr. Geil, d. obſer.
143. numer. 3. & 4 lib. 2. & alij ſupra num. 126.
citati:* vel poſito ei ſubſtitutum eſſe, & qui-
dem per fideicommiſſum; reſtrinxit ta-
men teſtator hanc ſubſtitutionem, ad cer-
tas perſonas, quas proinde egreſſa non eſt;
ſed poſtquam, Melchiore de mortuo, per-
ſonæ vocatæ bona apprehenderunt, expi-
rauit ſubſtitutio, & bona apud vocatos li-
berè remanſerunt.

Neque

164 Neque obstat ratio, de conseruanda familia: negamus enim, quod ratio ista fideicommissa, aut alias dispositiones defunctorum ad certas personas restrictas, ad personas alias extendat: atq; hanc sententiam receptissimam vocat *Iacobus Menoch. lib. 4. præsumpt. 73. numer. 5.* & magis receptam, *idem Menoch. cons. 97. num. 91.* immò certam, *cons. 215. num. 29. & cons. 327. num. 26.* & talem extensionem in iure nusquam reperiri ait *Socin. iun. cons. 150. nu. 45. & cons. 185. num. 11. vol. 2.* sed prohibitam esse scribit *Aym. Crauett. cons. 98. num. 13. & cons. 161. num. 11.* etiamsi eadem mens & ratio testatoris militare videatur, *Roland. à Val. cons. 56. num. 24. vol. 3. Tiber. Decian. cons. 2. nu. 27. vol. 3. & cons. 47. num. 34. Natta. cons. 470. nu. 6.* quia non tam extenderetur fideicommissum, quàm nouum induceretur, *contra text. & notata in l. commodissimè, ff. de lib. & posthum.* In hac denique verâ sententiâ conquiescunt, *Francis. Mantic. de coniectur. vltim. volunt. lib. 4. tit. 2. nu. 2. & latius lib. 6. tit. 15. nu. 5. cum seqq. & Hartman. Pistor. d. quæst. 9. num. 70.*
165 *& nu. 91. cum seqq.* &, vtpote in re quotidianâ, infiniti alij ab iis allegati. Quæ sententia procedit nostro casu, vt arbitramur, *sine vlla* difficultate: tum quia ratio de conseruanda familia, aut ne bona ex familia exeant, non est generalis, ac proinde non habet locum illud vulgare: quod ratio generalis ad se trahat dictũ & illud ampliet; sed est ad vnum actum in specie expressum restricta, videlicet ad matrimonium filiarum: igitur ad alios extendi nõ debet,
166 *ex professo Intrigliol. de substit. cent. 3. quæst. 76. & Menoch. lib. 4. præsumpt. præs. 69. n. 4. & n. 11.* tum etiam quia non est dispositiuè posita, cùm testator non dicat, se velle, mandare, & disponere, vt bona sua penes masculos in familia pro illius cõseruatione semper & perpetuò remaneant: cuiusmodi verba essent dispositiua, & tractum temporis habentia: sed continet saltem causam impulsiuam, quæ nihil disponit, cum propter a-
167 liud enuncietur, *pulchrè Ludou. Roman. cons. 457. nu. 1. vers. aut prædicta verba, & Anton. de Pet. d. q. 5. nu. 54. & nu. 95. vers. posset autem: vbi opiniones discordãtes in hunc modum conciliat.* Atq; ita illis verbis testator saltem rationẽ dare voluit, quare testamentum condiderit, & masculos à se nominatos honorare voluerit, eam nempe ob causam, ne bona sua omnia in alienas manus per matrimonium filiarum peruenirent.

Vt igitur tandem concludamus responsionem ad tertiam coniecturã, non imus inficias, quin ratio conseruandæ familiæ multùm operetur, & dominetur in fideicommissis: sed tùm demùm vbi habet terminos aptos & habiles, quibus superinducitur, id est, si testator alienationem prohibuit, aut totam generationem vocauit, & postea hanc rationẽ per modum caussæ finalis dispositiuè subiecit: non autem, si ad certas personas & certos actus eam adstrinxit, & enunciatiuè tantùm indicare voluit, quid ipsum ad taliter testandũ impulerit.

Atque per hæc euanescit omnis ille apparatus, quo sæpè dictam coniecturam *à decis. 8. vsque ad decis. 17.* mirificè exornant. Nam quando dicunt rationem de conseruanda familia facere, vt fiat extensio fideicommissi, de casu ad casum, & de persona ad personam, *decis. 8. 11. & 15.* in promptu responsio est: hîc nullum esse fideicommissum, quod autem nõ est, extendi non potest *per vulgaria.* Imò si esset; tamen vera non est illa opinio, quæ fideicommissa ita temerè extendit: præsertim concurrentibus iis, quæ nostrâ specie concurrere paulò ante ostendimus. Quando vlterius dicunt ab eandem rationem induci fideicommissum graduale, & reale, *decis. 10. & 14.* iam demonstratum est, id tum obtinere, si alienationis prohibitioni, aut testatoris totam generationem vocantis dispositioni dispositiuè, & cum verbis tractum temporis in se continẽtibus accedat: quod Equitis aurati testamento nullâ ratione aptari potest. Præterea quando putant, præfatas extensiones fideicommissi procedere, etsi in procemio, siue præfatione tantùm ratio familiæ fauens sit expressa: aut aliis locis testamenti concisiùs testator locutus sit, vnam duntaxat, aut alteram personam grauando, *decis. 9. & 16.* sed nec ista, etiamsi vera essent, (quod de posteriore affirmari non potest) terminos suos hîc inueniunt: cum testator neq; in procemio, neq; qua alia parte testamenti infinitam agnationis conseruationem cogitârit: sed rationem saltem enunciatiuè reddiderit, cur masculos personalissimè nominatos ad successionem vocauerit. Deniq; quod scribunt rationem illam de conseruanda

familia ideò fideicommissa extendere, & perpetuare, quod aliter bona in familia conseruari non possunt, quàm si de vno agnato in alium transferantur: adeoq; qui vult antecedens, eum etiam consequens velle censendum esse, *decis. 12. & 13.* nos idē supra scripsimus, vbi attulimus casus, quibus sæpiùs vexata ratio perpetuationem fideicommissi operetur. Sed quoniam casus illi in testamēto Equitis non inueniuntur: dum certos tantùm masculos propter vnum actum (ne bona per matrimonium filiarum in peregrinas manus veniant) nominauit: ideò nec ratio rationis locum habet: sed contraria potius collectio, nimirū, quoniam voluntas testatoris alia ratione impleri potuit, imò impleta est, per hoc, quod bona per matrimonia filiarum non ad peregrinas manus, sed ad agnatos personaliter vocatos venerint, non censetur inductum fideicōmissum. Breuiter, testator noluit antecedens, id est, vt bona perpetuò in familia maneant; ergo noluit etiam consequēs, id est, vt agnati perpetuo fideicommisso grauati perpetuam restitutionem facerent, *ita fusè & eleganter M. Anton. Peregrin. in tract. de fideicom. art. 11. nu. 29. cum aliquot seqq.*

168

169 Quarta cōiectura: testator si interrogatus super hac nostra controuersia fuisset, respōdisset, se velle bona ad omnes in vniuersum masculos prius deferri, & istis deficientibus ad fœminas demùm transferri, id igitur accipiendum, & inde de mente testatoris pronunciandum est, *text. in l. tale pactum, §. fin. vbi gl. recepta, verb. per exceptionem. ff. de pact.* Et quāuis hæc coniectura certis casibus fallat, & officiū suum perdat; tamen id huc transferri nequit, vbi mens testatoris bona in familia conseruare volentis, est euidens & manifesta: quæ mens in fideicommissis dominatur: *hæc Rostochienses decis. 17. & 18.*

170 Respondemus, q. imò interrogatus testator non respōdisset, se velle fœminas ꝓpter masculos in perpetuū excludere: nā diceret potius, se satis mentē suam expressisse: dū cogitauit de qualitate masculinitatis, eam exprimēdo, vbi exprimere voluit: & quod ideò, vbi illā non expressit, noluit illam considerare: eadē quippe operā, qua cogitauit de certis masculis, potuisset cogitare de masculis in infinitum, si in infinitū fœminas voluisset exclusas: *ita in terminis nostris, Tib. Dec. cons. 1. n. 201. vers. quintò dico, vol. 2. & M. Ant. Pereg. de fideicom. art. 11. n. 32.* idq; vel maximè eo casu verū est, quo sciuit testator masculos plures adesse: sicut in proposito Dns Eques sciuit, & Clementem fratrē & Georgium agnatum liberos masculos habere: vnde succedit illud generale, quādo testator de aliquo casu cogitauit, aut eum non ignorauit, nec tamen quicquam de eo disposuit, non præsumi, eum alia, quæ disposuit, ad hunc etiam casum pertinere voluisse, *vt post Corneum, Alexandrum, Crotum, Gabrielium, Socinū, Beroum tradit Hartm. Pist. lib. 4 q. iur. q. 9. nu. 58.* Quod de mente testatoris subnectunt, solâ negatione euertitur. Ostensum namq; huc vsq;, & deinceps ostendetur, nec expressam, nec tacitam mentem, volūtatemuè apparere, quod bona sua in perpetuū apud agnatos testator esse voluerit. Imò etsi quis talem aliquam mentem sibi imaginaretur, quia tamen ex verbis expressis non venit, non etiam per necessariam consequentiam inde deduci potest, negligēda est talis mens: iuxta illud, propositum in animo retētum nihil operatur, *vt latissimè deducit idem Peregrin. d. art. 11. num. 33.*

171

172

Quinta coniectura: testator agnatis institutis filiabus dotē assignauit: & vni filiæ ante matrimonium forsan morituræ assignatam dotem, filiæ alteri neutiquam obuenire, sed ad fratrem, & agnatos transferri voluit: quo ipso testatus est, se fideicommissum inductum, & familiæ prospectum voluisse, *Rostoch. decis. 19. & 20.* Verùm quod per assignationem dotis filiarum inducatur fideicommissum absolutum atq; perpetuum inter agnatos, solâ negatione rursus euertitur: nihilq; minus, quàm hoc, probant Dd. à Consulentibus gratis adducti. De ꝓpensione in familiam & agnatos, addere aliquid nec lubet, nec necessū est: propensus fuit testator in certos masculos; non igitur in masculos in infinitum, *Tiber. Dec. cons. 1. nu. 181. vol. 2. Paris. cons. 86. n. 39. vol. 2. Ioan. Cephal. cons. 600. nu. 37. Pistor. d. q. 9. n. 95.*

173 Vbi in terminis arguunt, ex eo, quod testator aliquos tantū agnatos semel substituerat, nec vlterius progressus fuerat, concludendū esse, eum de agnatione conseruādā tātoperè nō laborasse, multo verò minus, de bonis in familia conseruādis solicitum fuisse.

Sexta

Sexta coniectura: hanc sententiam & voluntatem Equitis aurati fuisse, vt bona apud masculos in perpetuum manerent, ex actibus & gestis succedentium agnatorum apparet; per actus & gesta intelligunt testamenta Georgij, Ioannis, & Ioannis Georgij Rechenbergiorum, *vti colligere est ex Dominorum consulentium decisione 21. vsque ad decis.* 34. Liceat hic respondere verbis *Ioann. Oldendorp. cons. Marpurg. 5. nu. 42. vol. 2.* istam coniecturam, quam in tredecim capita, seu, vt vocant, decisiones distraxerunt, *ad rem non magis pertinere, quam cupressus ad naufragium; tantum vt consultores responsa admodum verbosa edidisse videantur, quod sicut artis est nullius, ita dispendij adfert plurimum.*

174 Quid enim potest dici aut excogitari improbabilius, quam volūtatem alicuius testatoris per voluntatem alterius interpretari? testamenta proprijs viribus subsistunt, neque vnquam ab alieno arbitrio aut voluntate dependent, *l. illa institutio. ff. de hæredib. inst. vbi Gaius ICtus. satis constanter veteres decreuerunt testamentorum iura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere; concordat text. in l. si Sempronium, & in l. captatorias, eod. l. nonnūquam. ff. de condit. & demonstrat. Port. cons. 14. num. 2. & cons. 14. num. 4. Torniell. cons. 43. nu. 14. quos citat & sequitur Petr. Ant. de Petr. in*

175 *tract. de fideicomm. q. 9. num. 60.* vbi inquit, omnes tenere, quod ad hoc, vt onus fideicommissi inductum à fideicommittente dicatur, necesse sit, vt colligatur ex his, quæ in testamento disposita sunt, non ex his, quæ extrinsecus assumuntur. Facit,

176 quod communiter tenent, qualitatem in vno articulo testamenti positam, non esse trahendam ad alium & separatum articulum eiusdem testamenti, *Pist. d. q. 9. num. 69. & numer. 87.* multò igitur minus qualitates vnius testamenti trahi possunt ad aliud testamentum, ab alio testatore conditum.

Deinde ponamus contra manifestam veritatem licere voluntatem vltimam Equitis interpretari ex voluntatibus vltimis aliorum; certò tamen certius est, quod nullus ex nominatis testatoribus suo facto, & dispositione ita eam intellexerit, vt Domini Consulentes adsumunt: Nam Georgius suo casu fœminas in fideicommisso à se instituto, masculis exequauit: Ioannes, demortuo filio absque liberis masculis & absque testamento, filias vocauit: denique Ioannes Georgius magnam partem immobilium vxori suæ legauit. Nonne hæc omnia in præiudicium agnatorum? nec verentur tamen asseuerare, testatores istos voluntatē Equitis ita intellexisse, vt in infinitum masculorum seu agnatorum prior & potior esse debeat successio. Sed piget in rē tam clara verba perdere.

Septima coniectura: vti in omnibus negotijs, sic & in vltimis voluntatibus, nō referens, nec verba in referente contenta, sed ipsum relatum inspici oportet, & sequendum est: at testatores omnes, & singuli in suis dispositionibus referunt se ad priuilegia familiæ, quæ mares superstites fœminis præferunt. Primam propositionem concedimus; assumptionem verò iterum atque iterum negamus. Verba testatorum, quibus ad commune Nobilitatis Glogouienses priuilegium se referunt, omnium oculis sunt exposita: & ipsa quoque facta, seu dispositiones testamentariæ Dominos consulentes confundunt, vt de testamentis Georgij, Ioannis, & Ioannis Georgij iam vidimus: & nec dispositio Equitis se aliter habet, qua filiabus duodecim millia aureorum Hūgaricorum, mobilia pretiosissima, & immobilium vsumfructum vsque ad tempora nuptiarum assignauit; nepotem item ex sorore vsufructuarium vsque ad mortem cōstituit: quæ omnia fieri non potuissent, si bona ad agnationem & familiam, ita, vt prætendūt, alligata fuissent.

Octaua coniectura: fideicommissa fauore agnationis, & familiæ introducta excellenti gradu fauorabilia censentur, & per interpretationem adiuuanda, longiusque producenda sunt. Respondemus primò, vbi non est fideicommissum, ibi de qualitate fideicōmissi, an sit odiosum, an verò fauorabile? frustra quæritur: acci-

177 dens namque sine subiecto non subsistit; nec potest probari qualitas, nisi probata prius substantia, *l. eius qui in prouincia, circa finem, ibi: non possunt videri bonæ fidei possessores esse, qui nec possidendi animum haberent, ff. si certum pet. l. si seruum mihi, § 1. ibi, non potest æstimari bonitas loci, qui non extat. ff. de action. empt. fusè Iason in procem. tit. inst. de act. n. 2. & 3. & ante eum Bald. in l. 2. C. de bon. poss. secund. tab. & in l. omnium, C. de testament.*

N 4 Deinde

178 Deinde respondemus, materiam isthanc cùm habeat in vtramq; partem magnos assertores, *quos ex parte recenset Nicol. Euerh. iun. consil. 19. nu. 20. & 21. vol. 2.* in thesi esse brocardicam; ac proinde firmum argumentum ex ea deduci non posse, *vt in*

179 *simili respōdit Ful. Pac. consil. 17. n. 47. vers. quia respondetur in primis*, in hypothesi autem

180 (quæ, posito fideicōmisso, huius loci est) quando fideicommissum etiam masculorum fauore factum ad certas personas in indiuiduo nominatas est restrictum, tunc præualuit opinio negans extensionem à personis nominatis ad nō nominatas, *per supr. dicta*, quibus adijci potest insignis definitio, *Ant. Fab. in cod. suo, libr. 6. tit. 10 def. 4.* cuius hęc sunt verba: *Si ad certas personas certosue casus prohibitio alienationis restricta est, cauendum erit, ne per longiorem, quàm par sit, interpretationem, conditiones suas egrediatur prohibitio, non quod odiosa videri debeat, quæ familiæ conseruandæ fauorem præ se fert, maximè si nobilem proponas familiam, aut etiā illustrē cuius facultates integras conseruari publicè quoque intersit: sed quia defunctorum voluntates quantumcunque fauorabiles ita adiuuandæ sunt per interpretationem, vt tamen nūquam suppleantur, ne testatoris rem tractantes ipso liberaliores videamur, &c.*

Atque hæc sunt, quæ Domini Rostochiēses per triginta sex decisiones de mēte testatoris speculati sunt. Quæ omnia cū sint partim leuia: partim facto, hoc est, testamento Equitis nō cōuenientia: partim omninò falsa: causæ nihil est, cur à scripto recedamus: sed potius concludenda quæstio, cū regula initio eius allegata: fideicōmissum videlicet familiæ perpetuū, & hodie considerabile, nec ex scripto, nec ex mente probatū esse: atq; adeò non extare.

Quæstio V.

De natiuo vero & genuino sensu fideicommissi Georgiani.

Argumentum.

Fideicommissi Georgiani verus & genuinus sensus est, vt defuncto Pronepote absque liberis masculis, bona grauata ad proximiorem de cognatione, sine vllo sexus discrimine, deueniant, proximior autem est HELENA RECHENBERGA *Domini Actoris Coniunx: bona igitur ex hoc fideicommisso ad eam pertinent. Atque hæc est arx causæ, quam alij oppugnant quidē, sed non expugnant.*

Controuersia in hoc consistit: vtrum fideicommissi Georgiani sensus iste sit, vt mortuo pronepote absque liberis masculis, bona deueniant ad personam indiscriminatim proximioré de cognatione, siue masculus sit, siue fœmina: an verò iste, vt deueniāt semper, & ad quoscūq; masculos quantumuis remotos, &, his omnibus extinctis, ad fœminas deniq; proximiores?

Res ita se habet: postquam Dominus Georgius de Rechenberg, in testamento Equitis aurati in castro Wartenberg cum pertinentijs solus esset hæres institutus: reliqua autem bona **Newstatt / Lindaw / Popschütz / auch die Häuser zu Glogaw vnd Freystatt** / ei & alijs eodem testamento relicta, successu temporum solus acquisiuisset: Castrum **Windischboraw** ex successione paterna iam ante haberet; eaque omnia bona essent allodialia, nulloque nexu fideicommissi, aut alterius vinculi alligata: denique nō tantùm ex priuilegio toti Nobilitati magnæ Glogouię communi, verum etiam ex priuilegio singulariter familiæ Rechēbergicæ dato, atq; rectè intellecto, liberrima testādi potestas de bonis prælibatis ei competeret; Anno 1553. testamentū iuris solēnitate sufficiēter munitū condidit, in quo Melchioré filium, & Ioanné ex filio præmortuo nepoté hæredes instituit, eosq; inuicé, casu, quo abſq; liberis masculis vnus ex illis decederet, reciproco fideicommisso grauauit.

Perrexit postea in eodem fideicōmisso ad vlteriores gradus, & iussit: mortuo Melchiore filio, sine liberis masculis, atq; adeò bonis omnibus vigore reciprocæ substitutionis ad Ioanné nepotem: à nepote porrò ad pronepoté deuolutis: & hoc pro nepote absq; liberis masculis quoq; mortuo: vt omnia illa bona ad proximos de cognatione deuenirent. Atq; ne generalis vocatio proximorū aliquā obscuritatem, aut ambiguitaté pareret, declarādo addidit, q. proximi sibi deberēt succedere, nulla attenta differētiā sexus: siue masculi forent, siue fœminæ, **Sie weren Männlichs oder Weiblichs geschlechts.**

Nunc casus iste euenit, quia pronepos, nempe Ioannes Georgius de Rechēberg nuper vitam cum morte commutauit, & omnis proles masculina ab eo descendens in eo defecit: superest autem soror ipsius germana, & respectu institutoris fideicom-

fideicōmissi Proneptis, Domina Helena, Domini Actoris coniunx: & Melchior de Rechenberg, Reus conuētus, qui in linea collaterali vltimò defunctum octauo; & fideicommissi institutorem quinto gradu tangit. Quæstionis iam est, vter ex istis litigantibus in isto fideicommisso succedere debeat?

Profiteamur veritatem audacter & liberè, absque manifesta calumnia dici aliter non potest, quam quod HELENA sit vocata, & succedere debeat, quia euidenter verum est, eam hodie esse proximam de cognatione.

Primus igitur sensus quæstionis propositæ noster, immò testatoris est; lucent in eo omnia, verba, mens, æquitas naturalis, & proauitus erga liberos affectus: vt facundissimus Domini Actoris Patronus in Actis hinc inde copiosissimè deduxit.

Sensum secūdum amplectuntur Domini Rostochienses; eumq́ue tribus & triginta, vti loquuntur, decisionibus defendere quidem allaborant; sed ita, vt oleum & operam perdidisse eos asseuerare non vereamur. Et constabit ratio huius assertionis, si singulas decisiones ex ordine refutauerimus.

Primum igitur aiunt, verisimile non esse, testatorem Georgium, qui in facto fideicommisso familiaria & gentilitia priuilegia ob oculos habuit, & mares fœminis prætulit, voluisse descendentibus suis testamenti factionem adimere. Probant
181 id 1. ex iure communi, quo nihil hominibus magis deberi constitutum est, quàm vt liber ipsorum sit testandi stylus, & licitum, quod iterum non redit, arbitrium, *l. 1. C. de SS. Eccles.* 2. ex priuilegio prouinciali; quod eandem libertatem testandi concedit, & cui Georgius testator se con-
182 formasse censendus est, *l. ius publicum, ff. de pact. l. nemo potest, ff. de legat.* 2. 3. ex eo, quòd testator nec explicitè nec implicitè
183 descendentibus suis testamēti factionem vetuerit, vnde nec nos id affirmare debemus, *l. adprobationem, C. de probation.* 4. eo
184 ipso, quod Georgius testator, non attento fideicommisso Equitis, iudicium supremum ordinauit, pati debet, si successores voluntatem ipsius similiter non obseruârunt, *l. 1. & tot. titul. ff. quod quisque iur. in al.*
185 *statuer.* 5. nepoti Georgius ius testandi expressim concessit, ergò, & pronepoti ob rationis paritatem, *l. illud quæsitum est, ff. ad l. Aquil.*

Circa hoc argumentum in quinq; articulos distractum, iterata voce dicimus, falsum esse, quod testator ad familiæ priuilegium respexerit. Commune fuit priuilegium, quod in testando allegauit, & secundum quod fœminis masculos antetulit. Quos autem masculos? solos descendentes ex filio, nepote, & pronepote, Rechte Mannliche Leibs Lehens Erben. Præterea dicimus non esse verisimile tantùm, sed omninò certum, & iuris auctoritate inspecta necessarium, quod Georgiano fideicōmisso filio, nepoti, & pronepoti (de vlterioribꝰ dispicere huius loci nō est) adempta fuerit testandi facultas, quoad bona illi fideicommisso subiecta. Ratio est in promptu, quia bona fideicommisso subiecta alienari non possunt à grauato,
186 *l. Marcellus, §. res quæ, ff. ad Trebell. l. fin. §. sed quia nostra Maiestas, & auth, res quæ, C. com. de legat.* non solum inter viuos, sed nec et-
187 iam per vltimam voluntatem, *Andr. Gail. lib. 2. obs. 137. num. 1. Hartmann. Pistor. libr. 4. quæstion. iur. q. 9. numer. 55. Tiber. Decian. cons. 26. num. 1. vol. 2. Nicol. Euerh. iun. cons. 31. num. 1. vol. 2. & alij à nobis Resp. 1. num. 51. citati.* Ex quo efficitur, quod Ioannes Georgius pronepos Georgij Rechenbergi, idemq́; vltimus possessor bonorum fideicommissi vinculo alligatorum, non potuerit contra voluntatem fideicommittentis in alias personas, puta agnatum remotiorem, & viduam suam, bona illa transferre, sed iuxta voluntatem simpliciter relinquere debuerit proximæ personæ de cognatione, quæ, vt dictum est, alia non est, quam Domina Helena, coniunx Domini Actoris: *satis quippe absurdum est & irrationabile, rem quam in bonis tuis purè non possides, ad alios posse transferre, & alienam spem decipere, ait Iustinianus in dicta lege finali, §. sed quia C. commun. de legat. estque res in vulgus notissima.*

Non

Non obstat ius commune, sed admi-
niculatur; eo enim ipso, quod dat liberam
188 facultatem testandi, Georgius fideicom-
mittere potuit, cum & hic actus ad liber-
tatem iam dictam pertineat, *tit. I. in princ.*
de fideicom. hæredita, tot. tit ff. & C. ad SC. Tre-
bell. immò nec Ioanni Georgio, aut alijs
ante eum grauatis adempta fuit, scilicet vt
testarentur de suis bonis, non de vincula-
189 tis per fideicommissum, *l. verbis legis, ff. de*
verb. signif. Vdal. Zas. cons. 1. num. 41. vol. 2. vbi
ait: satis libera voluntate dici eum testari
posse, qui in bonis certis hæredem, quem
vult, instituere potest: vel si alia bona, præ-
190 ter vinculata, non habuerunt, non defecit
ipsis ius, sed materia, super qua testaren-
tur, *arg. eorum quæ habet Vlpia. in fragm. apud*
Cuiac. tit. 20. filiusfam. ait ibi, non potest facere
testamentum, quia nihil suum habet, vt de eo te-
stari possit, sequitur D. And. Fachin. libr. 6. con-
trou. cap. 87. Eadem responsio datur ad pri-
uilegium prouinciale: nam & illud, dum
libertatem testandi concedit, fideicom-
mittendi facultatem non excludit, adeo-
que Georgius testator fideicommittendo
contra hoc priuilegium nihil fecit, sed v-
tendo libertate testandi, & disponendi de
bonis suis pro libitu, tam per modum in-
stitutionis, quàm substitutionis se ei accō-
modauit, eiusque prærogatiua vsus est, *vi-*
de dicta resp. 1. num. 55. vers. & cum nos verse-
mur, & resp. 4. num. 59. cum seq.

Quod dicunt, Georgium testatorem
nec explicitè, nec implicitè descendenti-
bus suis testamenti factionem ademisse:
non rectè dicunt. Nam omne fideicom-
missum expressum, continet tacitam, seu,
quod idem est, implicitam alienationis
prohibitionem, vt paullò ante visum, &
ipsimet Domini Rostochienses sibi parū
constantes concedunt, *inf. decis. 30 h. q.* Ta-
citam, inquimus, alienationis prohibitio-
nem, tam inter viuos, quā per testamenta,
aut alias vltimas voluntates; nimirum il-
lorum bonorum, quæ substant fideicom-
misso, non quæ vt propria fideicommissa-
rius possidet. Vt igitur rem in pauca con-
feramus, ademit Georgius fideicommit-
tens tacitè descendentibus suis testamen-
ti factionem non simpliciter, sed secun-
dum quid, id est, secundum ea bona, quæ
fideicommisso subiecit. Malè porrò illud
quod Georgius fecerit contra fideicom-
missum Equitis, & sic meritò idem ius pa-
tiatur, si Ioannes Georgius contra ipsius
fideicommissum fecit; quia quartæ quæ-
stionis resolutio euincit, Georgium nul-
lo fideicommisso grauatum fuisse, sed o-
mnia bona hodie controuersa liberrimè
possedisse, sicque Georgius fideicommit-
tendo non peccauit in voluntatem Equi-
tis; vnde retorquendo dictum nec Ioan-
nes Georgius descendens grauatus pecca-
re debuit aut potuit in voluntatem Geor-
gij. Non melius illud: quod Georgius Io-
anni nepoti facultatem alienandi dede-
191 rit. Cuperemus namque hîc, vt, quod di-
cunt, probarent, *l. ei incumbit, ff. de probatio.*
& quamuis in testamento Georgij, §. **Es**
soll auch Hans Rechenberg / simile quid
legamus, cum hac modificatione tamen
legimus, vt si de sua portione quid ex iu-
stis causis sit alienaturus, pecuniam inde
redactam in comparationem aliorum
prædiorum collocet, vt mortuo eo absq;
liberis masculis ad Melchiorem, eiusuè hæ-
redes æquipollenter deueniant. Hunc
modum si obseruasset Ioannes Georgius
& propter causas legitimas aliqua de bo-
nis vinculatis alienasset, inque locum eo-
rum æquiualentia substituisset, fortè Do-
minus Actor non haberet, de quo con-
quereretur; sed dum bona omnia in viduā
& remotum agnatum cōtra elogiū proa-
uitum contulit, & nihil substituit, meri-
tò ipsius dispositio ob defectum potesta-
tis & alia vitia reijcitur.

Sequitur aliud argumentum, quod
rursus in quinque particulas & decisiones
disijciunt. Georgius de Rechenberg a-
gnouit & approbauit testamentum Equi-
tis aurati; tum quia in exordio sui testamē-
ti disertis verbis ad illud se retulit; tum et-
iam quia ipso facto masculinitatis præro-
gatiuam, & familiæ conseruationem ob
oculos habuit. Ex quo fit, quod contenta
testamenti sæpè dicti Equitis, & præsertim
fideicommissum ei insertum cum omni-
bus qualitatibus & conditionibus quoq;
agnouerit, approbauerit, denique vnum
idemque cum eo senserit, & masculinum
genus fœminino præferre voluerit, *allegāt*
l. & post litem, §. res quæ, ff. famil. ercisc. & l. si
conuenerit, §. si fundus, ff. de pignorat. action.

Immò

Immò etsi noluisset, tamen iure cogente
182 debuisset agnoscere hanc voluntatem, & ei se conformare, cùm hæres factum defuncti præstare cogatur, *l. ex qua persona, ff. de reg. iur. l. cum à matre, C. de rei vindic. l. si ab eo, C. de negot. gest.* Fitq; per hanc interpretationem agnitæ, atque secutæ voluntatis & dispositionis per Dominum Equitem erectæ, vt Georgius successor à nota ingratitudinis excusetur, & vestigiis maiorum institisse intelligatur, *l. Aquilius Re-*
183 *gulus, ff. de donat.* vt actus primus conseruādæ, & propagandæ agnationis, & familiæ conseruetur, atque consistat, *l. quoties in actionibus, ff. de reb. dub.* vt res ad primæuam naturam reducatur, quæ natura masculis prærogatiuam præ fœminis indulget, *l. si vnus, §. pactus ne peteret, ff. de pact. l. vnic. C. de impon. lucratiu. descript. lib. 10.*

Respondemus in suo sensu concedi ex his pleraque posse. Etenim non inficiamur, quin Georgius testamentum Ioannis Equitis agnouerit & approbauerit, quia ex hoc testamento hæreditatē, quoad dominium **Wartenberg** adiuit, *vt testatur document. apud exceptiones, liter. G. num. 1.* cum cohæredibus item, mortuo Melchiore de **Girßdorff**/ reliqua bona, quæ hodie in lite sunt, vigore iam dicti testamenti pro sua parte apprehendit, & de reliquorum portionibus trāsegit, *vt euin-*
184 *cit document. ad replicas lit. Z.* vnde non potest esse dubium, quin iudicium Equitis vigore istorum actuum agnouerit, & post agnitionem nihil amplius contra hoc iudicium facere potuerit, *l. si pars, §. 1. cum duab. LL. seqq. l. mater decedens, l. filius, & l. seq. §. vlt. l. pen. §. si hæres, & l. vlt. ff. de inoffic. testam. l. si filius, ff. de minorib. l. nemo potest cōsilium, ff. de reg. iur. l. vlt. C. de Codicill. Dd. in §. si tutores, I. de inoffic. testam.*

At verò, quod assumitur, Equitem fideicommissum familiæ perpetuum instituisse: & vlterius infertur, Georgium contra hoc fideicommissum nihil fecisse, aut saltem facere potuisse, atque adeò fideicommissum Georgij ita rectè, & congruenter fideicommisso Equitis explicari, vt fœminas non admittat, quamdiu masculi de familia supersunt, ita enim voluntates istorum testatorum concordari, *arg. l. v-*
185 *nic. C. de inoffic. dotib.* consisteret sane aliquatenus illatio, si non negaretur assumptio. Negamus quippe Equitem fideicōmisso sua bona ita grauasse, vt fœminis omnibus spem succedendi propter masculos ademerit, & negationem istam præcedenti quæstione prolixè firmauimus.

Ex hoc ad singula obiecta speciatim, & quidem facillimè occurritur. Aiunt Georgium in procemio suæ dispositionis ad Ioannis Equitis Elogium se retulisse, atque adeò quoad omnia approbasse: cōcedimus quoad omnia eo contenta, non autem quoad fideicommissum imagina-
186 rium; nam quod non fuit approbari non potuit, *C. ad dissoluendum, & ibi gl. in verb. accusari, glos. in c. bonæ memoriæ, li. 1. in verb. per rerum naturam, ext. de election. l. eius qui in Prouincia, ff. de reb. credit. Herman. Vult. cons. Marpurg. 15. numer. 43. vol. 1. Ioann. Gadd. ibid. cons. 26. num. 17.* Aiunt præterea Georgium Rechenbergum masculinitatis rationem habuisse: concedimus quoad priores gradus, in persona filij nepotis, & pronepotis: quoad vlteriores verò gradus id negamus propter verba fideicommissi clarissima, & propter ea, quæ paullò post sequētur. Rursus aiunt, hæredem factum defuncti præstare obligatum, atque adeò præstitisse præsumendum esse, ne, vt ingratus à maiorum vestigijs desciuisse putetur: & hoc concedimus, quoad facta, id est, disposita ab Equite: fideicommissum autem perpetuum non fecit; ad hoc igitur non factum Georgius non tenebatur, *per iam dicta.* Denique quando argutantur primum actum esse inspiciendum, & ex eo de natura rei iudicandum; si intelligūt per primum actum priuilegium familiæ, patet solutio ex quæstione prima & tertia, quod nimirum clausula fœminarum exclusiua pertineat ad causam intestati, nos autem versari in causa testati: vel certè si eam ad causam testati trahere per capillos, & inuita Iurisprudentia volunt, quod fit per subsequens priuilegium prouinciale abrogata. Sin verò per primum actum intelligunt testamentum Equitis, parata iterum est responsio, testamētum hoc bona controuersa fideicommisso graduali, & perpetuo non illigare: sed libertati suæ, quoad dispositionem circa ea, relinquere.

Progre-

187 Progrediamur ad vndecimam & sequentem decisioné. Ius quæsitum auferri nemini potest, *l. 2. C. de precib. Imp. offeren. l. id quod nostrum, ff. de reg. iur. Dd. in l. Marcellus, §. res quæ, ff. ad Trebell.* at qui tota agnatio Rechenbergica ex ipsa origine & natura bonorum, & ex Domini Equitis testamento ius quæsitum habet, consequitur ergo etiam voluntatem Domini Georgij ita accipiendam, vt ius eiusmodi a-
188 gnationi non auferat: cùm ea semper interpretatio facienda sit, & capienda, quæ vitio caret, *l. in ambigua, ff. de legib. l. in ambiguo, & l. quoties in actionibus, ff. de reb. dub.*

Respondemus nos superioribus quęstionibus ostendisse, agnationem ius quęsitum non habere, siue naturam bonorũ, siue voluntatem Equitis inspicias: nostra igitur interpretatio, seu potius nuda, & propria verborum acceptio nec tollit ius quæsitum, nec vitium continet; adeoque iura, & regulæ allatę contra nos frustra allegantur.

Decimâ tertiâ, & octo sequentibus decisionibus dicta in quæstione quarta non minus operosè, quàm tædiosè in hũc finem repetunt, vt ostendant, etiam Georgium Rechenbergum agnationis & masculinitatis rationem in infinitum habuisse; & sic nostrum fideicommissi intellectum contra voluntatem testatoris huius esse: idque rursus inculcant, *decision. 26.* Quoniam autem ista suis locis confutata sunt, in specie de iis disserere hîc supersedemus. Generatim id sciendum est, nos inficias non ire, quin Georgius de Rechéberg in prioribus gradibus fideicommissi à se instituti, hoc est, in persona filij, nepo-
189 tis, & pronepotis rationem agnationis habuerit; vocat enim hæredes feudales, id est, masculos: prohibet alienationem: disponit, vt filiæ ita dotentur, ne nimis grauentur bona: quæ sanè omnia enixam, & manifestam voluntatem, cogitationemq; de prærogatiua masculorum, & familiæ conseruatione quoad illos gradus demonstrant, *vti tradunt Dd. apud Francisc. Mantic. de coniect. vlt. voluntat. lib. 6. tit. 14. n. 21. cum seqq. & tot. tit. 15. & apud Hartman. Pistor. lib. 4. quæst. iur. q. 9. num. 40, 41. & 42.* Quando verò idem testator venit ad personam pronepotis, grauauit ipsum, vt restituat proximioribus siue masculi sint siue fœminę: & sic priorem curam, atq; cogitationem de conseruanda agnatione deposuit; sibique & desiderio suo satisfactum existimauit, si eo vsque masculi agnati florerent: nam ratio agnationis nunquam censetur
190 considerata à testatore, aut etiam à statuto, quoties mulier etiã agnata, puta soror, ad successionem vocatur, *vti consultus respondit. Aym. Crauet. consil. 250. numer. 2. vers. euidens autem coniectura; sequitur M. Anton. Peregr. de fideicomm. art. 25. num. 26. Petr. Ant. de Pet. de fideicomm. quæst. 9. num. 195. Ludou. Molin. de primig. Hispan. lib. 3. c. 5. num. 50. Iacob. Menoch. de præsumpt. lib. 4. præs. 69. numer. 10.* testator, ait, non censetur considerasse agnationis conseruationem, quando vocauit tam fœminas, quàm masculos, *Alex. cons. 5. num. 11. & cons. 79. num. 10. vol. 6. Socin. consil. 1. circ. fin. vers. præterea dictum statutum, vol. 1. & alibi, vt eum refert. Crauet. iam d. loc.*
191 Idque inde manifestum euadit, quia si testator, aut statutum agnationem respexisset, vtique vocasset personas, in quibus cõseruatur agnatio; nõ eas, in quib⁹ aut euanescit, vt est soror, aut in quibus omninò non inuenitur, vt sunt personæ, quæ ex sorore descendunt, *l. pronunciatio, in fin. & l. familiæ appellatione, §. 1. ff. de verb. signif. §. vlt. I. de patr. potest. §. 1. I. de legit. agnat. tutel. & §. 1. I. de legit. agnator. success. Crauet. d. cons. 250. num. 2. vers. etenim si statutum.* Ad argumentum igitur decisiuè respondendo, dicimus, Georgium cogitasse conseruationem familiæ, non autem, vt iactitant, in infinitum, sed vsque ad pronepotem, in cuius persona cum testator præferendo masculos substiterit, & nos subsistamus, necesse est; per ea, quæ circa quartam quęstionem monuimus, fideicommissa ob fa-
192 milię conseruationem non esse somnianda, aut multiplicanda, sed iuxta testatorũ dispositiones constringenda, *Francisc. Mantic. de coniectur. vltim. volunt. lib. 6. tit. 15. num. 6. & alij d. quæst. 4. cumulati.*

Vigesimam secundam rationem desumunt ex ijs, quæ prima quæstione de lege seruitij, & lege fidelitatis habuimus; quæ item de benemeritis auorum, & proauorum in instrumentis concessionum leguntur; & masculis tantùm conuenire videntur.

Sed

Sed neq; hîc quidquam est solidi, quia seruitia illa, & fidelitas feudum in proposita materia non important, vti iam dicto loco demonstrauimus; sed subiectionem solummodò. Quæ subiectionis onera etiam fœminas, si non per se, saltem per alios ferre posse, & solere, nemo in practico rerum vsu constitutus negabit. Merita virilia sæpiùs sunt caussæ acquirendi res, & Dominia, quod autem propterea is, qui per merita sua adquisiuit, non possit huiusmodi dominia (nisi natura eorum, vel onus à concedente impositum aliud dictet) in fœminas viuens, aut moriens transferre, nusquam scriptum est, nusquam vel fando perceptum.

193 Vigesimum tertium, & vt videtur potissimum argumentum, si feudum masculis & fœminis datur, ius commune, quod de feudis vsu est introductum, hanc interpretationem adhibet, vt primitus, masculi, & deinde masculis deficientibus fœminæ succedant; *cap. 1. §. quin etiam, Episcop. vel Abbat. c. 1. §. filia verò, de success. feud. c. 1. de eo qui sibi, vel hæred. Ioachim. Mynsi. cent. 5. obs. 74. num. 3. Valent. Forster. lib. 3. de successión. ab intest. c. 19. nu. 1 & 8. Herman. Vult. lib. 1. de feud. c. 10. num. 9. & concordant vno ore omnes, vt testatur Iacob. Menoch. cons. 65. num. 37.* Quandoquidem igitur bona, quæ fideicommisso Georgiano substant, feudalia bona sunt,
194 fit, vt similé interpretationem fideicommisso huic adhibeamus, cùm in dubio testatores iuri communi se accommodasse præsumantur, *notant in l. vlt. C. de verb. signif. & in l. hæredes mei, §. cùm ita, ff. ad SC. Trebell.* Et ex hoc iure voluntates vltimas interpretari debeamus, *gloss. in c. statutum, in verb. numerandum, deprahend. in 6. & post eam Nicol.*
195 *Euerh. iun. cons. 4. num. 23. vol. 1.* Immò quod plus est, etiam si daret quis bona, quæ in dispositione sunt, feudalia non esse, expendendum tamen pro vigesima quarta ratione foret, quod de feudis in legibus & interpretibus scriptum est, vt scilicet masculis & fœminis data, primum masculis obueniant, & istis deficientibus ad fœminas vadant, idé id de bonis nobilium familiarum simpliciter allodialibus, quæ dignitatem & administrationem cum mero mixtoq; imperio coniunctam habent, sentiendum & affirmandum esse, *allegant Odofred. in l. item videndum, ff. de petit. hæred. c. significauit, vbi Bald. numer. 3. ext. de rescript. c. grandi, vbi Canonist. de suppl. negl. Prælator. lib. 6. Carol. Runi. cons. 99. num. 15. vol. 1. Hening. God. cons. 6. in pr. Socin. Iun. cons. 68. n. 2. Modest. Pistor. cons. 63. num. 11. vol. 1.*

Ad has obiectiones respondemus, quod bona Georgiano fideicommisso subiecta non sint feudalia, sed allodialia, *vt quæst. 1. comprobauimus*, ideoq́ue inuertendo argumentum dicimus, ex illo iure communi fideicommissum interpretationem capere, testatoremq́ue illi iuri se conformasse putandum esse, quod de bonis allodiali-
196 bus disponit. Certum auté est hoc ius non tantùm masculis prærogatiuam nullam dare, verum etiam vehementer auersari, & odisse, æqualitatem autem inter masculos, & fœminas laudare, & approbare, *text. in l. maximum vitium, C. de lib. præterit*, vbi
197 *naturæ accusatores* dicuntur, qui differétiam inter mares & fœminas introducunt, & hoc ipsum discrimen *maximum vitium antiquæ subtilitatis esse: text. alius, in §. item vetustas I. de hæred. quæ ab intestat. deferunt.* vbi tributa masculis prærogatiua in successionibus, *iniuria contra naturam* appellatur: *text. itid. in lege duodecim tab. C. de legit. hæred. posteritas*, inquit, *dum nimia vtitur subtilitate non piam induxit differentiam.*

198 His adde, quoniam voluntas testantis instar legis obtinet, atque ante omnia obseruanda est, *§. disponat, in nou. 22. de nupt. c.*
199 *vltima voluntas, 13. quæst. 3.* quoniam item ex procemio & præfatione mens & voluntas colligitur, *l. regula est, §. si quis, ibi, nam initium constitutionis generale est, ff. de iur. & fact. ignorant. latè Iacob. Menoc. lib. 6 præsumpt. 2. per tot.* Georgius autem testator in procemio testamenti disertè se explicauit, quo iure testari voluerit; nempe secundum ius commune, & priuilegia Ducatus Glogouiensis: consequitur non aliunde coniecturam aut interpretationem capiendam esse, quàm ex iure, & ex priuilegio ad quæ ipsemet testator, quasi manu nos ducit, & intento digito monstrat, vnde fideicommissum suum interpretari debeamus. Jus verò commune, vt iam vidimus, Rostochiensium opinionem & interpretationem planissimè reiicit: priuilegium item Ducatus adhuc plus facit, in eo, quod de

feudalibus bonis æquè liberam disponendi & alienandi facultatem dat, atque bona allodialia ante ex iure communi habuerunt. Vsque adeò vt etsi circa res feudales, quod tamen non est, versaremur, nihilominus noster fideicommissi Georgiani intellectus iuxta prouinciæ statuta, quæ quoad actum disponendi feuda allodiis per omnia exæquârunt, procederet, *arg. l. 2. C. de constit. pecun. l. 2. C. commun. de legat. & l. vnic. C. de rei vxor. actio.*

300 Quod attinet opinionem, qua fœminæ incapaces dicuntur etiam allodialium bonorum, annexam dignitatem & admistrationem iurisdictionis omnimodæ habentium, non videmus, quomodo ea ex iure aut moribus defendi possit: præsertim in terminis nostri casus, vbi non est sermo, de Principatibus & Regnis, circa quæ etiam politici quærunt, disceptantq́; an per fœminas administrari possint? Quibusdam id affirmantibus; aliis verò negantibus. Sed versamur circa bona singularem dignitatem annexam non habentia, & à nobilibus personis huc vsq; possessa; quorum ex priuilegio Ducatus omnes sunt capaces; exceptis solis Clericis; & plebeis. Si omnes: ergo & fœminę nobiles; quas in indiuiduo idem priuilegium etiam ab intestato successibiles facit, vbi frater ad exclusionem earum nō venit. Sed nec iure communi impediuntur fœminæ, quod ius differentiam sexus funditus reiecit: *nou. 118. de hæred. ab intest. venient.*

201 Vicesimò septimò huc repetunt, & applicant, quod quæstione quarta scripserũt, nimirum testatorem Georgium, si viuus de mente sua interrogatus fuisset, in eam, quam ipsi asserunt, & tuentur, sententiam responsurum fuisse, *d. l. tale pactum, §. fin. & ibi gl. ff. de pact.* Respondetur; non esse necessum, vt testatorem hunc è cœlo deuocemus, & cum eo colloquium instituamus: qui viuens animi sui sententiam clarissimè exposuit, & fœminas masculis suo casu per omnia quoad punctum successionis æquales fecit. Adeant Domini Consulentes *And. Alciat. in l. inter stuprum, ff. de verb. signif. & post eum M. Anton. Peregrin. in tract. de fideicom. art. 25. nu. 37.* scribit eo loco, de se ipso Alciatus. *Cùm ius diceret, & in testamēto patris conditione posita*, si filius sine filiis decessisset, *aliqui de masculis tantùm intelligendum putarent, quibusdam coniecturis, quia propriam filiam excluserat: & quod ex lege municipali masculi præferebantur fœminis; quod consuluerit quàm plurimos notæ prudentiæ patresfamilios, an, si ipsi illis verbis testarentur, decedente filio neptem suam excludi vellent? Et refert omnes negasse, & illiusmodi sermone de vtroq; sexu intelligere professos, scrupulosam Doctorum interpretationem omnes vno ore damnasse.*

202 Hæc Alciatus. Quibus conuenienter asseuerare non dubitamus, etiamsi Domini Rostochienses non contenti rotundis verbis fideicommissi, nondum adhuc in scirpo quærerent, & defuncti Georgij de Rechenberg pios manes quocunq; artificio de sensu fideicommissi interrogarent; eos aliter non responsuros, quàm quod alij spectatę prudentiæ patresfamilias Alciato responderunt: q. nempe pronepote absq; liberis masculis demortuo, proneptem velit remotissimo collaterali prælatam.

Vigesima octauâ ratione dicunt, se induci nō posse vt credant, testatorem decus familię suę tollere, & vltimam voluntatem Equitis aurati euertere voluisse: vna illa & quoad sententiam perquam obscura, & ambigua clausula. Esset id, vt vigesimo nonō subiiciunt, recedere à vestigiis maiorũ: & contra prudentis hominis consilium. Clausulam fideicommissi obscuram esse, etsi Suadę medulla quis sit, tamen nunquã nobis persuadebit: est enim solis radiis scripta: neq; recedit à vestigiis, & voluntate Equitis, quę talis non est, qualem sibi imaginantur; per dicta q. 4. neque familiæ decus tollit, cuius officium, & decus esset, nō tam inhiare bonis aliorum labore partis, quàm sua virtute quærere. Et posito familiæ opes per hoc decrescere, non propterea manus ligatę fuerunt testatori, sed liberam habuit de bonis suis disponendi potestatem, & liberè eam exercuit: non etiam imprudenter egit, dum, neglecta ciuili ratione de familiæ splendore, naturam secutus est, quæ in proximiores, & maximè descendentes

203 semper est procliuior. Eadem operâ possent Iustinianum Imperatorem, & nomothetam nostrum imprudentiæ arguere, qui constitutionibus suis iam dictam ciuilem rationem de nomine & familia in super quoq; habuit, & iuxta naturæ ordinem

nem gradus succedendi distinxit, *d. Nouell. 118. per tot.*

Trigesimâ ratione asseuerant si testatoris Georgij hęc sententia fuit, vt proximiores fœminę remotiores masculos excluderent, non potuisse illum huiusmodi fideicommissum constituere: vtpote conculcatiuum priuilegiorum gentilitiorum, & fideicommissi Equitis aurati. Respondetur nos iusnō negare, vt fecerunt Domini Ro-
204 stochienses ratione prima: euidenter namque verum est, quod in necem fideicommissi, aut similis vinculi grauat⁹ testari, aut fideicommittere nequeat, *l. Marcellus, §. res quæ, ff. ad SC. Trebell. l. fin. §. sed quia, & auth. res quæ, C. comm. de legat. & vtrobique Dd.* negamus autem factū; nempe quod Georgius fideicommisso Equitis grauatus fuerit; aut priuilegiis ad masculorum vocationem adstrictus; & rationes negationis dedimus à principio huius consultationis vsque ad hanc ipsam quæstionem.

Tricesimò primò scribunt, Georgium testatorem Ioannem Georgium Pronepotem suum in nullo honorasse: igitur fideicommisso eundem grauare non potuisse.
205 Hic ius, & regula, quæ ex iure desumitur, iterum certa est; non honoratum videlicet, grauari non posse, *§. 1. vers. hoc solum obseruandum, I. de singul. reb. per fideicom. relict. l. 1. §. sciendum est, cum ll. seqq. ff. de legat. 3. l. ab eo, C. de fideicom. iuncta. l. 1. ff. de reg. iur.*

Quod autem Ioannes Georgius in nullo honoratus sit, veritatis fulcro destituitur. Quorsum enim ista in fideicommisso Georgiano? **vnd solche Güter** (bona hodie controuersa) **an Dannses Leibes Lebens**
206 **Erben** (hoc est, Ioannem Georgium) **gestammet vñ geerbet wurden.** Et quorsum iuris ratio? quod instituto fideicommisso successiuo inter plures, omnes dicātur vocati, & ita omnes honorati, *l. peto, § fratre, & l. omnia, aliàs l. cùm ita legatur, §. in fideicommisso. ff. de legat. 2. l. vlt. C. de verb. signif.* Veritas igitur est in contrarium; quod Ioannes *Georgius*, ad omnia bona, quæ hodie in *lite sunt*, suo casu & ordine, à Georgio *Proauo vocatus*, iisque honoratus fuerit, atq; adeò onerari etiam ab eodem potuerit.

207 Tricesimò secundò caussæ suæ suffragari putant iuris theoricam, quæ præsumit, testatorem, quos instituendo prædilexit, eosdem quoq; in fideicommisso prædile-
208 xisse censeri. Respondemus; pręsumptioni locum non esse, vbi veritas re ipsa clarè apparet, *l. ille aut ille, §. cum in verbis, ff. de legat. 3. c. tua nos, ext. de cohabitatio. Cler. Dd. in c. quosdam, ext. de præsumpt. Cacher. decis. 71. n. 30.* In proposito autem quamuis testator in institutione masculos magis, quam fœminas dilexerit; in substitutione tamen, eas, quoad præsentem casum, masculis exæquauit: idq; cum ex verbis clarissimis manifestum sit, non est necessum, vt ad coniecturas, &
209 pręsumptiones, quę in dubio dūtaxat militant, nos conuertamus, *d. l. ille aut ille, ff. de legat. 3. cum similibus.* Sed & aliter respondemus; admitti posse coniecturam prædictā, si termini non inuertantur. Testator instituendo prædilexit masculos descendentes: ergo & substituendo prædilexit; nimirum descendentes masculos. Quod autem pars aduersa de masculo collaterali tacitè assumit, est inuertere terminos: siquidem collaterales planè non sunt instituti: quos proinde dilexisse testatorem, aut prædile-
210 xisse præsumi non potest: sed potius, quod proprias successiones extraneis, hoc est, fœminam à se descendentem collateralibus anteponere voluerit, *arg. l. cùm acutissimi, C. de fideicomm.*

Tricesimò tertiò & vltimò ponunt casum: quo post defectum descendentium, masculus & fœmina, in linea collaterali æquè propinqui, concurrere potuissent. Tali casu etiam aduersarios (Dominum Actorem, & eius Consulentes intelligunt) responsuros putant, quod masculus fœminæ præferri debeat. Atque hinc consequi, idem respondendum esse, si remotior masculus cum proximiori fœmina cōcurrat: quia nō tàm proximitas, quàm masculinitas consideretur. Sed fallūtur in hoc, quod arbitrantur, nos aut alios, qui Dñi Actoris partes optimo maximo iure defendunt, responsuros, quasi in paritate gradus masculus fœminā excludere debeat. Respon-
211 demus enim in casu primo, pares & æquales in gradu, pariter & æqualiter admitten-
212 dos esse: in secundo autem proximiorem fœminam debere excludere remotiorem masculum: idque conuenientissimè iuris nostri pręscripto, *auth. post fratres, l. 4. 2. C. de legit. hæred. nou. 118. de hæred. ab intest. venient.*

cap.3.§.si verò neq; fratres, & voluntati testatoris: qui defuncto pronepote absq; liberis masculis, solam proximitatem (non masculinitatem) ob oculos habuit, absq; vlla sexus differentiâ: planè ad mentem *d. Auth. post fratres, ibi: sublata differentia masculorum, & fœminarum, & ibi: sola cognatio spectatur in talibus, C. de legit. hæred.*

Ex his deniq; manifestum est, quod rationes Consulentium, quibus clarissimam dispositionem & fideicommissum obscurare, & in ipsorum sensum raptare voluerunt, valere quidem numero videantur, (quia ad triginta sex decisiones numerus ascendit) sed pondere & efficacitate (quæ totum debuissent facere) nullo modo valeant. Nihil ergo restat, quàm vt dicamus, quod firma stet & inconuulsa arx caussæ huius: & concludamus cum Celso IC. *in l. si ancillas, ff. de legat. 1.* in hanc sententiam: *nec verbis, nec volũtati defuncti accommodata* Dominorum Rostochiensium *sententia est.*

Quæstio VI.

Vtrum Ioannis Georgij de Rechẽberg nuper defuncti testamentum valeat in vim testamenti scripti: nuncupatiui: apud acta conditi: aut deniq; in vim codicillorum.

Argumentum.

Testamentum Ioannis Georgij de Rechenberg nec scripti, nec nuncupatiui, nec apud acta conditi testamenti requisita habet: nec etiã clausula codicillaris in proposito Reum conuentum iuuat. Imò etsi quoad solemnia res quocunque modo esset salua: adhuc tamen Reus nec in possessorio, nec in petitorio vti cum effectu dicto testamento posset.

Tractant ista Rostochienses capite sexto & septimo responsi sui: profectò non felicius, quàm ea, quæ hactenus tractauêre. Nos quoniam quęstio quatuor pũcta continet, totidem conclusionibus sententiam nostram aperiemus, & circa singulas obiecta, si quæ occurrent, dissoluemus.

Prima conclusio, testamentum Ioannis Georgij de Rechenberg non valet, vt testamẽtum in scriptis. Est namq; apud omnes in confesso, ad huiusmodi testamentum,
213 præter alia solẽnia, requiri, vt testes omnes sigillis illud communiant, *l. hac cõsultissima, in princ. ibi: testibus septem numero omnibus simul offerre signãdam, C. de testam. l. si vnus, eod. si vnus, aiunt Impp. de septem testibus defuerit, vel coram testatore omnes eodem loco testes suo, vel alieno annulo non signauerint, iure deficit te-*
214 *stamentum,* vt item illud rectè subscribant, hoc est, exprimant, *Quis* & *Cuius*, testamẽtum sigillauerint, *l. singulos, ff. qui testam. fac. poss. singulos testes,* ait lex, *qui in testamento adhibentur, proprio chyrographo adnotare conuenit, Quis & Cuius testamẽtum signauerint.* qui
215 subscribendi modus cùm pro forma à iure præscribatur, *Bart. & alij Dd. in d. l. singulos,* ad vnguem seruandus est, *vt post multas autoritates testatur Professor Rostochiensis Ernest. Cothman. resp. 29. nu. 98. & seqq.* Iam verò duo testes Alexander von Stosch / & Ioannes Weldner testamẽtum, de quo loquimur, non signauerunt: dein nullus formam subscribendi obseruauit, *vt notauimus olim resp.*
216 *1. nu. 13. 14. & 15.* Conficitur ergo quod hoc testamentum duobus solemnibus careat, vel potius, quod duo solemnia perperam adhibita sint, atq; adeò testamenti iniusti notã habeat, ipsoq; iure, & omni tempore in vim testamenti scripti non subsistat, *l. ex imperfecto, d. l. si vnus, & d. l. hac consultissima, in fin. princ. vers. non subscriptum autem, C. de testam. l. 1 ff de iniust. rupt. & irrit. fact. testam. §. 1. I. de hæred. quæ ab intest. deferunt.*

Et verò vitia ista, in oculos incurrentia, tam plana sunt & indubitata, vt Dñi Rostochienses negare quidem ea non audeant, emplastris tamen obtegere curent. Dicunt enim solennitates testamentorum in loco controuersiæ ex more & consuetudine regionis non obseruari: idq; Dominũ Reum in actis allegare atq; asserere. Egregium verò dictũ & dicti huius egregiam rationem. Dominus Reus in Exceptionibus allegat consuetudinem: Dominus Actor autem in replicis *C. membr. 5. vers.* sollich *præsuppositũ,* vnd darauff gemachte *illation*) eam constanter negat: cui in hac contradictione credendum? sine dubio Actori, cum iure & legibus loquẽti, & non Reo: donec consuetudinem, quæ difficilis semper proba-
217 tionis est, *teste Ioseph. Ludouic. decis. Perusin. 62. num.*

62. num.27. post eum Herman.Vult. in §.ex non scripto,num.11.I.de iure natur.gent.& ciuil. Achill.Personal.in tract.adipiscend.possess.nu.164.
218 non asserat tantummodò,sed sufficienter, & legitimè probet,*vti exclamant omnes Dd. in l de quibus,ff. de legibus, & Canonist. in c.fin. ext. de consuetud. apud Achill. Personal.d.tract. numer.161. & Ioseph.Mascard. de probat.concl. 423 num.20. vol.1.*

Jmmò,inquiunt,Reus assertionē suam probauit.Tùm quia testamētum iam controuersum tam ante quàm post mortem testatoris à legitimo Magistratu confirmatum fuit:& quidem non adiecta clausula, *in quātum de iure*,sed potiùs cum præcepto, vt hęredes instituti illius contenta seruent, & custodiant: inde igitur probari cōnsuetudinem de sublatis solemnitatibus,cùm nō verisimile sit, iudicem confirmaturum fuisse, nisi sciuisset, quod voluntas hæc vltima moribus prouinciæ consentanea esset.Tùm quia in ipsa familia Rechenbergica duo testamenta,non adhibitis solemnitatibus iuris scripti, confecta extant: testamētum videlicet Equitis aurati,quod quatuor duntaxat habet testes, & testamētum *Georgij*, cui septem quidem testes adhibiti sunt,sed sine vlla subscriptione,aut sigillatione.

Respondemus,probationes istas in re tam graui & iuri communi derogatiuâ legitimas & sufficientes non esse.Nam quod confirmationem iudicialem attinet, quæ viuente testatore petita, & impetrata fuit, *iuxt.docum. apud Except.sub lit.L.* processit ea, sub expressa suppositione solemnitatum,in numero, subscriptione, & sigillatione testium, ita enim habet confirmatio Regij Iudicis: **durch siben Zeugen volnzogen / vnnd sie deßgleichen mit jhren Pettschafften bekräfftiget/vnd vnderschriben/** ita etiam confirmatio Scabinorum Freistadensium: **vnd zu desto mehrer Krafft/ vnd Gewißheit/ vnder seinen vnd etlicher seiner Herrn vnnd Freund auffgetruckten Pettschafft verfertigt vorbringen lassen/** quomodo ergo hæ confirmationes possunt subministrare testimonium de consuetudine sublatarum solemnitatum,quæ ipsas tam disertè supponunt? Illud potius cōsectarium est, quod quia iudices appro-
219 barunt testamentum tanquam tale (id est, tanquam solemne) cùm non sit tale, reprobare eo ipso intelligantur, *l.si pater, & l.nec apud, C.de hæred. instit. l. eam quam, vers. quod rescripsimus, C.de fideicom. l.seruo manu-*
220 *misso,ff.de condict.indebit.*confirmans namque actum sub vna qualitate censetur infirmare sub contraria, *l.ferè quibuscunque, ff.de regul.iur. l.quod si alij,& l.si legatum purè, ff de adimend. legat. l. quod purè, ff. Quand.di. legat.ced.l.si ego pecuniam, ff.si cert.petat.cum similibus.*

Deinde respōdemus,etsi ex verbis confirmationum non appareret,quod solemnitates supposuerint Iudices:adhuc tamen consuetudinem remissarum solemnitatū confirmationes istæ non probarent. Nam Iudices, quomodocunq; conditum sit testamentum,nunquā denegare solent con-
221 firmationes: quia cùm sciant se nihil noui tribuere confirmando, neq; per id cuiquā præiudicare, petenti facillimè, & citra cuiusq; iniuriam obsequuntur, *arg.l.in creditores,ibi:cui enim non æquum videbitur,vel hoc saltem consequi emptorem, quod sine dispendio creditoris futurum est,ff.de euiction.Pet.Peck.in c in re communi,num.7.de reg.iur.lib.6.* Et istæ confirmationes semper intelliguntur sub tacita clausula, *in quantum de iure*, quæ licet totidem verbis expressa non sit,vt considerant Dñi Consulentes,tamen pręterquam quod tacitè inest, expressa est etiam per æ-
222 quipollentem, *saluo cuiusq. Iure*, cuius effectus est, vt confirmationem reddat conditionalem: quatenus videlicet per leges testari licuit; & eius validitas dependet ex futuro euentu, ac tandem per sententiam declaranda est, *Rob. Marant.in Specul.part.6. vers.appellatio, nu.211. Bart.in l.ambitiosa,circ. fin ff.de decret.ab ord faciend. Cacher.decis.131. n.1.Vital in tract.clausul.c.5.& 6.Math. Col. de Process. execution.part 1 c.2. M.Ant.Peregr.in tract.de fideicom.art.47. nu.29.& art.48. nu.36.*

Tertiò & in specie ad confirmationem Iudicis Regij respōdemus,ex Actis,& præsertim ex priuilegio Nobilitatis Glogouiensis *apud replicas sub lit.BB.art.1.*constare, quod confirmationes istius Iudicis requirantur ad potestatem testandi: vnde nihil operantur circa solēnitates, vt vel eas suppleant, vel abrogatas testentur: quod quia
223 *resp.1.n.16. cum 4.seqq.* latè prosecuti sum⁹,ei amplius non insistimus.Illud solùmmodò

addimus, quod vnicè ad propoſitum reſcripſerunt *Dioclet. & Maxim. Impp. in l. teſtandi. C. de teſtam.* in hæc verba: *teſtandi cauſſa de pecunia ſua legibus certis,* (hîc conceſſione Regij Iudicis) *facultas eſt permiſſa; non autem iuriſdictionis mutare formam, vel iuri publico* (quo ſolemnitates introductæ ſunt) *derogare cuiquam permiſſum eſt.* Et quæ adhuc clarius habet *Iuſt. Imp. in l. ſi quãdo, C. de teſtament.* Vbi inquit: *ſi quando talis conceſſio imperialis proceſſerit, per quam libera teſtamenti factio conceditur: nihil aliud videri principem concedere, niſi vt habeant conſuetam, & legitimam teſtamenti factionem, &c.*

Hæc de confirmatione teſtamenti, quæ præceſſit mortem teſtatoris: iam quod attinet confirmationem, quam Dñi Conſulentes poſt mortem ipſius obtentã adſtruunt; nos apud Acta vel nullam habemus, vel certè intelligunt illam, quam ex decreto immiſſionis iudicialis in bona controuerſa deſumũt. Sed parũm cautè: quia hoc ipſum in diſceptatione eſt, an decretum iſtud, & immiſſio ſubſequens ſit legitima, nec ne? imò quæſtione mox ſequẽti oſtendemus, quod ipſo iure ſit inualida, ac pro-
224 inde effectum confirmationis aut vllum alium producere nequeat, *c. cum ceſſante, ext. de appellat. l. adigere, §. quamuis. ff. de iure patronat. Hippol. de Marſil. in l. vnic. numer. 26. cum ſeqq. C. de rapt. virgin. & in rubr. ff. de fideiuſſ. numer. 220. cum multis ſeqq. Andr. Tiraquell. in illo tract.*

Porrò ſicut confirmationes adductæ & examinatæ non probant conſuetudinem aſſertam, de non obſeruantia in prouincia Glogouienſi ſolemnitatum iure communi ad teſtamenta requiſitarum: ita eandem
225 non probant teſtamenta Ioannis Equitis, & Georgij. Eſto enim (citra veritatis mox deducendæ præiudicium) quod ſolemnia iuris communis non habeant: eſto item, quod ex pluribus inſtrumẽtis, minus quidem ſolemnibus, ſed in iudicio, aut extra acceptatis, probetur cõſuetudo, quod poſſint fieri ſine ſolemnitate, vt *tract. Aym. Crauet. in tract. de antiq. temp. 4. part. verſ. materia iſta, n. 41. & poſt eum Ioſeph. Maſcard. de probat. concl. 425. nu. 4.* tamen quia plura ſolemnia teſtamenta in ipſa familia Rechenbergica extant: quia itẽ (vt Dominus Actor in exceptionibus Dño Reo obiicit, & Reus obiectionem hanc, adferẽdo exempla contraria, hactenus nõ diluit) quoad alias nobiles familias vix vllum adferri poteſt, quod ſine ſolemnitatibus Præfecto Regio oblatũ, & poſtea acceptatum ab iis, quorum intererat, fuiſſet: ſanè per duo allegata teſtamẽta, quantumuis minus ſolemnia, conſuetudo remiſſarum ſolemnitarum non monſtratur: cùm conſtans & vnanimis populi
226 conſenſus deficiat; *Ioach. Mynſ. reſp. 50. nu. 15. Vdal. Zaſ. conſ. 5. num. 61. vol. 1. Nicol. Euerh. iun.*
227 *conſ. 41. num. 180. vol. 1.* vbi notanter tradunt, quod ſi vſus populi variat, & non eſt vniformis, nullam legitimam cõſuetudinem ex his actib⁹ introduci poſſe: & ideò in tali variatione, vbi interdũ præter, aut contra ius ſcriptum, interdum verò congruenter iuri ſcripto quid factum eſt, tranſeundum eſſe cum iure ſcripto, *Alexand. conſ. 5. num. 2. verſ. quartò quia reuerendiſſimus, & conſ. 127. num. 5. vol. 5. ſequitur Zaſ. d. conſ. 5. nu. 62. vol. 1. Mynſing. conſ. 13 num 11. Tiber. Decian. conſ. 51. num. 77. vol. 2. Aym. Crauett. conſ. 683. nu. 2. conſ. 814 num. 14. conſ. 861. num. 5. conſ. 870. num. 7. & conſ. 886. nu. 16. Euerhard. iun. d. conſ 41. nu. 180. & ſeq.*

Præterea non ſufficit ad probandam conſuetudinem producere inſtrumenta
228 minus ſolemnia; ſed neceſſum inſuper eſt, vt illa inſtrumenta venerint in notitiam
292 maioris partis populi, & notariorum, & vt eis vi talis conſuetudinis, & obſeruantiæ homines acquieuerint, & aſſenſum præbuerint, *Panor conſ. 53. num. 1. verſ. certum eſt enim, vol. 2. vbi ait:* certum eſt, quod inſtrumenta non fiant coram omni populo, vel maiori parte, & poteſt eſſe, quod talis populus, vel maior pars nunquam vidit illa inſtrumenta: vnde dici non poteſt, quod ex illis inducta ſit conſuetudo contra legem, *Petr. de Ancharan. conſ. 339. num. 8. verſ. ad ſecundam rationem. Crauett. conſ. 241. num. 20. verſ. ſecundò reſpondeo & poſt eos Nicol. Euerh. iun. d. conſ. 41. num. 133. vol. 1. inquiens:* nihil prodeſt, ſi probetur, aliquibus in caſibus ſic fuiſſe obſeruatum, ſed eſt neceſſe doceri, quod in vim talis conſuetudinis, ſeu propter conſuetudinem eiuſmodi ſic obſeruatum fuerit, &c. Quæ cum Roſtochienſes, aut alij aſſertores prætenſæ con-
230 ſuetudinis non probârint, cum ſua aſſertione

tione meritò reiiciuntur, & succumbunt, *vulg. l. ei incumbit, ff. de probat.*

Rem ipsam quod attinet: an nimirum testamenta Ioannis Equitis, & Georgij iure communi subsistant? rectè in exceptionibus deduxit Dominus Aduocatus, quod varijs modis sustineantur ac defendi possint. Vt ecce, licet Ioannes Eques ad testamentum suum quod præsens præsenti Iudici obtulit, quatuor tantùm testes adhibuerit, certum tamen est, quod post mortem ipsius filiæ, hæredes instituti, &
231 alij, quorũ interesse vertebatur, illud acceptarint: vnde, etsi aliud nihil esset, ex hoc tamẽ solo capite in dubium amplius eius valor, iuris communis dispositione inspectâ, reuocari non posset: neq; enim nouum est aut incognitum, quod testamenta, etiamsi quoad solemnitates nulla esse videantur, ab hæredibus tamen & alijs interessentibus specialiter agnosci atque vltrò approbari possint, *text. formalis & expressus in l. etsi inutiliter, & in l. si veritas & solemnitas, C. de fideicomm. item in l. non dubium, §. 1. & quæ vtrobique notant Dd. C. de testam.* Etq; notandum est, inter institutos hæredes, adeoque voluntatem Equitis amplexantes, fuit Clemens de Rechen-
232 berg, auus Domini Rei: cuius proinde factum Reus non impugnare hodie, sed vt hæres quamlibet mediatus præstare potius & sequi debet, *l. ex qua persona, ff. de reg. iur. l. cum à matre, C. de rei vindicat, l. si ab eo, C. de negot. gest. l. successores, C. de solution. l. si vxor, C. de bon. authorit indic. possid. cum simil.* & certè eo ipso sequitur non tantùm factum defuncti aui, verum etiam ipsam voluntatem Equitis vltimam, quod sibi titulum fideicommissi ex ea fingit, *per dicta tota quæst. 4.*

Testamentum Georgij de Rechenberg, quod solemne non fuerit, nemo nobis persuadebit facilè: fuit illud domi ab ipso coram septem testibus confectum, & deinde in loco iudicij Præfecto Regio oblatum: qui illud autoritate Regia secundũ prouinciale priuilegium non tantùm cõfirmauit, sed & authentico instrumento totum tenorem testamenti verbotenus inseruit. Hinc Domini Consulentes scire, aut dicere non possunt, quod subscriptiones & sigillationes testium, aut aliæ solemnitates abfuerint, sed potius quandoquidem testamentum in publicam formam redactum est, præsumitur, quod antequã publicum instrumentum erigeretur, omnia rectè sint, atque legitimè facta; & tempore erectionis istius subscriptiones & sigilla (casu quo in scriptis suum elogium condidit) detracta, propter publicationẽ,
233 seu publicam fidem, *vt post Bald. in terminis scribit Ioan. Sichard. in l. 1. num. 16. C. de testam. & latius in l. 2, vbi est textus ad propositũ, eod. iunct. ijs quæ habet Mich. Grass. in §. testamentum, quæst. 61, num. 3. & 4.* præsertim post lapsum sexaginta annorum, & quod ex-
234 currit: propter temporis namque diuturnitatem solemnitates necessariæ, etiamsi extrinsecæ sint, præsumuntur, *vt pulchrè & prolixissimè tradidit Anton. Gabr. lib. 1. comm. concl. tit. de præsump. concl. 1. & post eum Ioan. Borcholt. in comment. ad tit. ff. de verb. oblig. c. 1. num. 34. iunct. text. in l. sicut, & l. omnes, C. de præscript. 30. aut 40. annor.*

Præterea ponamus testamentum Georgij nunquam sigillatum, nunquam subscriptum fuisse à septem illis testibus; sed nec nuncupasse suam voluntatem testatorem isthunc: valebat tamen adhuc iure speciali, propterea quod inter liberos erat conditum: si enim absque alia solemnitate coram duobus testibus inter liberos ex communiore sentẽtia testari licet, *l. hac consultissima, §. ex imperfecto, C. de testa.*
235 *Iul. Clar. in §. testamentum, quæst. 8. nu. 2. Mich. Grass. in §. testamentum, quæst. 11. num. 4. Hartmann. Pistor. libr. 1. quæstio. iur. cap. 1. numer. 1. Andr. Gail, lib. 2 obseruat. 112 num. 1.* quidni etiam liceat coram septem testibus? Et
236 quamuis dubitent nonnulli an obtineat iste priuilegiatus testandi modus tantùm in liberis, qui primum successionis gradum & locum occupant, an etiã in vlterioribus: veritas tamen est, obtinere non tantùm in illis primi gradus & loci, sed & in his vlterioribus: verbi gratia nostro casu in pronepte, *Hartmann. Pistoris d. quæstion. 1. numer. 16. vers. alij verò contra existimant, Iul. Clarus, d. §. testamentum, quæstion. 12. numer. 5 Mich. Grass. d. §. testamentum, quæstion. 14. num. 5.*

Porrò quæ de acceptatione testamenti Equitis diximus, etiã ad hoc Georgij testamentũ pertinent: quod nõ tantũ per hæredes institutos & honoratos, accipiẽdo portiones suas, primo agnitum, *docu. apud Repl. sub lit. Gg.* sed & progressu tẽporis per transactionẽ Kittlizianã corroboratũ fuit, *apud* 240 *except. sub. lit. M n. 1.* quæ transactio authoritate Balthasaris de Rechẽberg, Domini Rei Patre processit, inq; ea speciatim confirmata est fideicõmissi Georgiani clausula, omnibus verbis singulariter insertis, & ius fæminarũ expressè seruatũ. Idẽ testamentum Ioan. nepos testatoris in suo elogio ratum habuit, & quod notatu dignum est, nominatim ad hanc clausulã fideicõmissi respexit, dum ait: se filio sine liberis decedenti substituere suas filias secundum dispositionem auitam, *apud except. sub lit. K.* Idẽ approbauit nouissimè defunctus Ioannes Georgius in putatiuo suo testamento, *apud excep. sub lit. L.* & cõsequenter ipsemet Dominus Reus agnoscendo huius testatoris voluntatem; cõficiendo sibi titulum suæ prætensionis ex dicta fideicommissi clausula. præstando factũ patris trãsactioni Kittlizianę authoritatẽ prębentis: & aliis modis in actis passim occurrẽtibus.

Deniq; vt ad cõclusionẽ præmissam tãquam ex diuerticulo redeamus, quandoquidem testamẽtum Ioannis Georgij circa solemnitates sigillationis & subscriptionis mancum est: nec consuetudo Prouinciæ solemnitatibus derogans, sufficienter probata: manet quod vt scriptũ testamẽtum valere nequeat.

Secunda conclusio, iam dictum testamentum nec vt nũcupatiuum defendi potest. Quamuis. n. anceps inter scribentes quæ-
237 stio sit, si testamentum confectum est in scriptis, quod non habet tamen omnes solemnitates requisitas, ad testamentum in scriptis, an id valeat saltẽ vt nũcupatiuum? *De qua post alios Mich. Grass. in § testamentũ, q. 10.* veritas tamen in eo versatur, vt sub-
238 sistat tãquam nuncupatiuum, si videlicet requisita nuncupatiui testamenti habeat, *arg. tex. in l. 3. ff. de test. milit. & probat latè Fer-*
239 *nand. Vasq. de succes. creat. § 11. n. 1. & seqq.* Requisita autem ista sunt duo: septem testes, & nuncupatio hæredis, *tex. in § vl. I. de test. ordin. & ibi institut. vt Mynsing. n. 15. Schneid. n. 1. & 2. Huber. Giphan. olim collega noster honorandus vers. forma hæc est, Herm. Vult. nu. 4. Vigl Zuichem. n. 2. tex. alius, in l. hac consultissima, § per nuncupationẽ, in l. iubemus, C. de test. & in l. hæredes palam, in princ. ff. qui test. fac. poss.* quibus ex locis perpetua differentia inter testamentum scriptum & nuncupatiuum colligitur, quod in illo possit hæres celari, & à testibus ignorari: in hoc verò minimè, sed coram testibus palã semper nuncupandus sit: vnde & nomen suũ hoc testamentum habet, *Francis. Conan. lib. 9. cõment. iur. c. 1. n. 4. Ant. Fab. de error. prag. deca. 59. error. 1. cũ 9. seqq & Fern. Vasq. d. § 11. n. 16. vers. sunt tamẽ cõplures & seqq.* vbi cõtra eos neruosè disputant, qui interdum relatiuã aut implicitam, vt vocant, nũcupationem admittunt, *contra clarissimos & ineuitabiles text. in dict. leg. iubemus, & dict. leg. hæredes palam.*

At verò Dominus Reus in actis, aut Rostochienses in suo consilio nũquam asserunt, multò minus probant, quod Ioannes Georgius testator voluntatem suam testibus aperuerit. Hoc quidem asserunt Domini Consulẽtes capite septimo, testatorem iudicẽ ad se vocasse, & coram hæredem nuncupasse, nũcupationemq; hanc suam in scripturam per iudicem redigi curasse. Verùm negamus ista. Quomodo ipsi probant? nimirum *documento exceptionis sub liter. L, numer 2.*

Sed nec hoc documentum, neque aliud vllum in actis vel minimum facit indicium; de qualicunque hæredis apud iudicem nuncupatione. Vel enim intelligũt iudicem Regium, & ad actum testandi in prouincia Glogouiẽsi ordinarium; & certò certius constat *ex documentis except. sub lit. L. & lit. L. num. 1.* quod testator ad hunc iudicem nunquam venerit, sed duos viros ad eum miserit, cum mandato petendi confirmationem iuxta statuta prouincialia, Vel intelligunt Scabinos Freistadienses, quos testator ad se aduocauit, & probat *d. docum. L. in fin. iunct. docum. L. nu. 2.* quod eis testamentum, apostillamq; siue declarationem ad illud diuersis temporibus in scriptis cum sigillis & subscriptionibus obtulerit: non autem quod eis dictauerit voluntatem suam, & ipsi eam in scripturam redegerint: vel saltem ante redactam legerint, aut prælegi audiuerint. Nullam igitur nuncupationem

nem documenta ista concludenter probant: cum potuerit fieri, imò probabilissimum sit factum esse, quod clausum testamentum, & clausa apostilla eis pro confirmatione fuerit oblata, *arg. l. hac consult. ista, in prin. C. de testam.* Restat igitur vt nũcupationem prætensam aliunde probent; interim nudum assertum nudè negatur.

Ex his consequitur id, quod iam ante posuimus, quod sicut sæpius mentionatum testamentum non valet vt scriptum; ob partim, omissas, partim malè adhibitas solemnitates subscriptionis & sigillationis: ita sustineri nequeat vt nũcupatiuum: ob omissam, aut saltem nondum probatam, solemnitatem nuncupationis.

Subiungunt hisce duabus conclusionibus Domini Consulentes communem obiectionem de *clausula codicillari*, & clausula, *omni meliori modo*, quas testator in apostilla siue declaratione sua testamento adiecit, hisce verbis: **Das so wol das Testament/ als die zugelegte** declarationes in vim codicilli, **vnd in aller andern bestẽ formb/ wie sie** de iure **immer zuerhalten/ bestehn solte.** Virtute harum clausularum testamentum robur, atque validitatem accipere autumant: sed non rectè.

Quod enim *codicillarem clausulam* attinet, illa nunquam operatur circa validitatem testamenti, sed supponit testamentum esse inualidum, hæreditatemque recidisse ad caussam intestati: & hoc suppo-
242 sito, vis huius clausulæ se exerit, & est, vt legitimi hæredes, ad quos hæreditas ab intestato pertinet, debeant restituere illam hæreditatem, retenta quarta, ijs, qui in testamento inualido hæredes scripti sunt, non aliter atque si ab intestato codicilli essent facti, ijsque fideicommissum relictum, *l. ex vna scriptura, §. 1. ff. qui testam. fac. poss. l. si nullus, vers. quemadmodum plerique, & l. quærebatur, ff. de testam. milit. l. Lucius Titius, § fin. ff. de legat. 2. l. vlt. §. illud quoque, C. de codicill. l. ex testamento, C. de fideicomm. fusè Bartol. in l. 1 num. 1. 2. & 3 ff. de iure codicill. And. Tiraquell. in l. si vnquam, verb. libertis, num. 103. & seqq. C. de reuocand. donat. Andr. Gail, lib. 2. obs. 114. Ioann. Sichard. in authen. ex causa, num. 13. C. de liber. præterit. Francisc. Hotom. lib. 8. obser. c. 1.* Theodosius, inquit, Imp. huic clausulæ planè immensam atq; immodicam potestatem attribuit, vt per eã hæredes ab intestato venientes intelligantur, quasi per fideicommissum rogati, hæ-
243 reditatem scriptis hæredibus restituere.

Clausula porrò, *omni meliori modo*, duobus ad summum casibus circa ipsum testamentum operatur, puta si quis testatus est in scriptis, & tamen non adsunt omnia requisita scripti testamenti, tunc vigore huius clausulæ valet testamẽtum vt nuncupatiuum, si huius testamenti requisita adsunt, per supra dicta. Et è contrario, si quis testari volebat nuncupatiuè, & desunt requisita nuncupatiui testamenti (V. G non fuit nuncupatus hæres à testatore) adsunt autem requisita testamenti scripti, tunc iterum vis huius clausulæ nonnunquam esse potest, vt valeat testamentum quasi per scripturam factum esset, *arg. l. si miles, ff. de testam. milit.* quem casum hoc loco cum ad propositum non faciat, latius non examinamus, *videatur Bartol. in d. l. 1. num. 22 ff. de iure codicill. & Ant. Fab. in Cod. suo, lib. 6. tit. 5. de fin. 4. vbi contrarium adstruit.*

Quod si testamentum non habet requisita aut scripti aut nuncupatiui testamenti (qui, vt præcedentes conclusiones docent, noster casus est) tunc clausula nostra, *omni meliori modo*, etiam non operatur circa ipsum testamentum, sed tantùm ab intestato, vt voluntas testatoris valeat in vim aliarum vltimarum voluntatum, nẽpè in vim codicillorum, vel donationis mortis causa: alias enim vltimas voluntates vix frequentamus, *ita Anton. Fab. de error. pragmat. decad. 59. error. 10. per tot.* Quæ cum ita sint, sanè, vt diximus, non rectè asserunt, præfatas clausulas testamentum ipsum validare: cum *clausula codicillaris* id nunquam efficiat: clausula autẽ, *omni maiori modo*, saltem hac nostra specie efficere nequeat, qua nec scripti nec nuncupatiui
244 testamenti solemnia intercesserunt.

Tertia conclusio, testamentũ, de quo sermo est, non valet vt testamentum apud acta. Præmittimus, quamuis frequens sit, & nostro iudicio vera sententia, ad testamẽtum coram actis conditum, si aliundè de rei veritate apparet, testem nullum requiri, *vt deducitur ex tex. l. omniũ, & l. Sancimus, C de testam & tenent Ias. Fulgos. & Castr. ib. Rimin. in §. 1. n. 887 cum seqq. I. de don. Fern. Vasq. de succes. creat. §. 24. nu. 7. Iacob. Mynsing. centur. 6. obseruat. 29. Hartmannus Pistoris, lib. 3.*

libr.3.quæst.iur.q.28.num.4.verf. contra tamē,
845 requiritur tamē, vt testator præsens apud
acta, vel testamentum cōficiat, vel saltem
de testamento alibi confecto voluntatem
suam manifestè declaret, *ita Daniel Mol-
ler.ad constit. August.3.part.3.num.3.& libr.1.*
846 *semestr.cap.5. & post hunc Hartman. Pistor. d.
q.28.vbi in fine præiudicia allegat. & nos nota-
uimus resp.3.num.194.* ratio, præter cæteras,
quas citati duo Dd. adferunt, vrgentissima
est, quod cum acta succedūt loco testium,
d.l.omnium, & d.l.Sancimus, C. de testament.
847 ideò necessarium sit, testatorem à Magi-
stratu videri & exaudiri: nam & testes vi-
dere debent, & audire testatorem, aliàs
non subsistit testamentum, *l.si non speciali,
& l.si vnus, C. de testament. Bartol. Capol. cau-*
848 *tel.220.* idque sine dubio fraudis deuitan-
dæ gratia: vsque adeò, vt licet interposito
velo, aut interiecta cortina testatorem lo-
quentem testes audiuerint, non viderint
tamen, testamentum ipsum non subsi-
stere putent *apud Dionis. Gotofred. in notis ad
d.l.si non speciali,* quia vocem alienam peri-
ti imitari possunt. Quæ specialis ratio fa-
cit, ne locum hoc casu habeat illud vulga-
re: quod quis per alium facit, per se fecisse
849 censeri, *c.qui facit per alium, de reg.iur.lib.6.l.
damnum, ff.de reg.iur.*

Hoc ita præmunito, dicimus, ex actis
apparere, quod Ioannes Georgius testa-
tor Iudicem Regium nunquam accesse-
rit, sed, vt paullò ante vidimus, duos viros,
duabus vicibus, cum testamento, & po-
stea cum apostilla ad testamentum, ad
eum ablegarit, instructos mādato, postu-
landi ab illo iudice, vt testamentum, iam
antea confectum, &, vt putabatur, perfe-
ctum, confirmaret: non possunt igitur cū
ratione asserere, quòd apud acta Regij iu-
dicis testamentum fecerit Ioannes Geor-
gius, quem nunquam adiuit, & consecu-
tiuè coram quo nunquam voce sua hæ-
redem nuncupauit: aut elogium alibi cō-
fectum suum esse contestatus est.

Vnicum illud habent, quo causæ suæ
auxilium quærunt, quamuis nimirum cō-
cedant, non esse conditum hoc testamen-
tum apud acta Regij iudicis, concedendū
tamen è contrario ijs esse, quod cōditum
sit apud acta Scabinorum Freystadēsium,
qui in ædibus testatoris comparuerunt, &
coram, quibus testator præsens vno tem-
pore elogium suum, & alio tempore apo-
stillam produxit, suamque voluntatem
vltimam ijs contineri viua voce professus
est.

Sed respondemus, nos in proposito
non versari in terminis iuris communis,
quo coram iudice etiā non suo testamen-
ta forsan condi possunt; sed in terminis iu-
ris statutarij & specialis: quo iure nemo in
testamentorum aut aliorum actuum insi-
nuatione inter personas nobiles compe-
tens iudex est, quam Regius Capitaneus
videatur §.1.priuil.nobilitat.apud replic. liter.
Bb. Vnde insinuatio Scabinis Freystaden- 850
sibus facta in consideratione aliqua habe-
ri non potest: cum maior nusquam nulli-
tas sit, quàm quæ ex defectu iurisdictionis
seu potestatem non habentis proficisci-
tur, *l.1. & tot. tit. C. si à non compet. iudic. fu-
sissimè Sebast. Vant. in tract. de nullitat. rubr. de
nullit. ex defect. iurisdict. num.1. cum seqq.*

Sed & aliter respondemus, quando-
quidem testamentum apud acta, non tan-
tum requirit factum testatoris, vt profite-
atur coram iudice suam vltimam volun-
tatem: sed & factum iudicis, vt rem gestā
actis publicis inferat, seu, vt aiunt, ad acta 851
registret, vel per notarium siue tabellio-
nem ad hoc deputatum, vel per se ipsum,
iuxta ea quæ notanter scribit *Canar. in tra-
ctat. de insinuat. per discurs. præsertim p.1. quæ.
10.num.22. & quæst.17.n.32. item quæst.14. n.
30. & quæst.8.num.27. & post eum tractat idem
Hartman. Pistor. lib.3. quæst. iur. quæst.9. num.
13.14.15. & 16.* Dominus Reus autem ha-
ctenus non probauit, quod Scabini, qui
ad ædes testatoris venerant, rem gestam
ad acta publica retulerint, aut referre cu-
rauerint: sed tantùm quod ipsi testamen-
to & apostillæ subscriptionem suam, & si-
gillum apposuerint: sanè etsi cum iure cō-
muni, quo quiuis iudex videtur posse ad-
iri, vt coram eo fiat testamentum, transi-
remus, adhuc tamen vltima voluntas Io-
annis Georgij testamentum apud acta nō
esset, vtpote quam voluntatem Scabinos
Freystadenses ad acta publica registrasse
non apparet.

Quarta conclusio, dato Ioannis Geor-
gij testamentum propter clausulam supra
allatam in vim codicillorum sustineri; ne-
quidquam

quidquam tamen hoc Domini Rei intentionem iuuat.

Primò propterea quod durante hoc processu & antea se sæpius declarauit, se ex testamento Ioannis Georgij adire hæ-
252 reditatem, *videatur docum. apud exception. lit. O. numer. 3.* ergo non potest amplius ad codicillos regredi, aut subsidium suæ causæ ex ijs quærere, *tex. clarus in l. vltim. C. de Codicill. si quis agere,* ait textus, *ex testamento quolibet modo de hæreditate voluerit: ad fideicommißi persecutionem adspirare cupiens minimè admittatur.* Et quamuis *in iam d. l. vlt. §. si*
253 *quis verò*, quibusdam coniunctis personis variare liceat, inter eas tamen Dominus Reus, vtpote in remoto gradu existens, non reperitur, vt ex lectione loci illius patet.

Deinde cum clausula codicillaris testamentum ipsum non sustineat, sed, deuolutâ hæreditate ad legitimos successores, circa causam intestati tantummodo operetur, vt successores isti adeptâ hæreditate tanquam ex fideicommisso eam restituant hæredibus in testamento inualido *scriptis*: sanè si Dominus Reus huius *clausulæ* opera vti vult, omnis ipsius conatus, quo putatiuam suam possessionem tuetur, eadem operâ in irritum recidet. Ordo enim iuris erit, vt successionem & possessionem rerum hæreditariarum hæredi ab intestato (Domini Actoris Coniugi) relinquat, & de manu ipsius, tanquam primus & nouus fideicommissarius fideicommissum, saluis detractionibus, capiat,
254 *l. restituta, l. facta, & tot. tit. ff. ad Senat. Trebel. vide respons. nostrum 1. num. 23. vers. sic propter clausulam.*

Et hæc pertinent ad formam testamenti: quod nec scripti, nec nuncupatiui, nec apud acta confecti solemnia habeat, nec clausula codicillaris iuuet. Ponamus autem, sicuti superioribus responsis non semel fecimus, quoad formam rem saluã esse, id est sustineri quacunque ratione testamentum Ioannis Georgij Rechenbergi posse: adhuc tamen Domino Reo non proderit, siue possessorium iudicium, siue petitorium inspicias. Quod enim posses-
255 sorium attinet, etsi ex testamento, quoad formam visibilem non vitioso immissio in possessioné regulariter obtineri queat, *l. vlt. C. de edict. D. Hadriani tollend.* Fallit ta-
256 men si legitimus contradictor hæredem scriptum in possidendo præuenit, vt hic Dominus Actor *d. l. vlt. vers. sin autem aliquis contradictor*, & probabimus nos tota quæstione sequenti. Circa petitorium, cũ iuris ineuitabilis sit, quod bona fideicom-
257 misso subiecta à grauato in alium transferri nequeant, quàm in eum, quem grauans ad fideicommissum vocauit, *l. vlt. §. sed quia nostra maiestas. C. comm. de legat. cum similib.* Dominus Reus autem vocatus non sit, sed proximior de cognatione, cuiusmodi persona est Domini Actoris Coniunx, efficitur, quod ius nullum habeat ex isto testamento, quoad bona fideicommisso Georgiano subiecta, quæ solum in lite sunt, & ad quæ solum Dominus Actor iusto desiderio anhelat.

Quæstio VII.

Vtrum Domino Reo immissio petita iustè sit decreta: & an Dominus Actor contradictoris personam in se legitimè susceperit.

Argumentum.

Decretum immißionis à Domino Reo impetratum, ob omissam à iudice iuris formam & ordinem, ipso iure nullum fuit; vnde & executio ipsius effectum iuris non habuit. Dominus Actor, vtpote curatorio vxoris nomine fideicommissarius sine vitio poßidens, & ex continenti de iure suo docere paratus, contradictoris personam in se rectè suscepit.

Liceat hoc loco ὕστερον πρότερον facere; id est, quæstionem, quam capite nono Domini Rostochienses examinant, octauo capiti, quo de iudicio possessorio, à Domino Actore pro re natâ instituto, agunt, præponere: id enim materiæ connexitas videtur aliquo modo efflagitare.

Petiuit olim (videlicet ante præsenté processum, vigore decreti *18. Nouembr. anno 1611.* emanati, per Dominum Actorem inchoatum) Dominus Reus immissioné in bona controuersa ex remedio *l. vlt. C. de edict.*

de edict. D. Hadr. tollend. huiusque petiti nõ tantùm decretum, sed & executionem, quamlibet reclamante Domino Actore, obtinuit. Quæsitum à nobis fuit; *an decretum hoc valeat*, &, *an immissio, seu executio subsequens iuris effectum habeat?* Respondimus ad vtrumque punctum negatiuè, *resp. 1. & 2.* quæ negatiua decisio Dominis Rostochiensibus summopere displicet; & id euincere student, vt iam dictum decretum, executionemque ipsius tueantur atq; defendant. Quibus id artibus, siue argumẽtis faciant iuxta ordinem hucusque seruatum postremo loco indicabimus: primo autem loco sententiæ nostræ fundamenta & rationes ponemus.

Omisso eo, quod testamentum Ioannis Georgij de Rechenberg, vtpote non vno visibili vitio laborans immissionem non merebatur, *d. l. vlt. C. de edict. D. Hadr. toll. iunct. ijs quæ praeced. quæstio. disputauimus*, ita olim argumentati sumus. Decretum immissionis, quod neglecto iuris ordine & forma à iudice proficiscitur, ipso iure nullum est; tale fuit decretum iudicis magnæ Glogouiæ: igitur ipso iure nullum: & consecutiuè executioni non mandãdum, sed sententiâ declaratoria tollendum fuit.

Propositio inspecta iuris veritate manifesta est; tametsi enim iuris regula sit,
258 quod pro iudice, & eius gestis in dubio præsumatur, *l. 2. ibi, quod non arbitrabamur, C. de off. ciuil. iudic. c. bonæ memoriæ, il. 1. vers. contra legati verò, extr. de elect. & elect. potest. c. in præsentia, extra de renunciat. c. sicut nobis, in fin. extr. de sentent. & re iudic. & facit text. generalis, in l. meritò, ff. pro soc.* tamen regula
259 ista, & præsumptio cessat quando ex actis, aut aliunde constat, iudicem illegitimè, iurisque ordine non seruato processisse, *l. factum à iudice, ff. de reg. iur. prohibitũ est, C. de iure fiscal. libr. 10. c. cum caussa, in fin. extr. de off. & potest. iud. deleg. And. Gail, libr. 2. obs. 76. num 3. & in tract. de arrest. Imper. cap. 1. nu. 9. Sebast. Vant. in tract. de nullitat. titul. de nullit. ex def. process. nu. 4. Iacob Menoch. lib. 2. de præsumpt. præs. 61. numer. 42. Modestin. Pistor. cons. 60. num. 30. vol. 1.* hac namque specie tanquã priuatus agere dicitur: cui proinde parere
260 non tenemur: immò resistere ei possumus. *gl. in l. non videntur, §. qui iussu, ff. de reg. iur. vbi etiam Deci. num. 4. idem Dec. in d. l. factum à iudice, num. 1. & 2. eod. Bartol. in l. iustè, num. 1. ff. de adquir. vel omitt. possess. & in d. l. prohibitum, C. de iur. fisc. Ias. in l. vt vim, num. 9. vers. secundò limita, ff. de iust. & iur. Roland. à Vall. cons. 6. num. 10. cum seqq. vol. 2.* Et vt à ge-
261 neralibus ad speciem descendamus, in hac ipsa materia possessoria, vbi iudex immissionem decreuit iuris ordine neglecto: iudicio omnium receptũ est, quod talis iudex nulliter processerit, *ita tenet post omnes And. Tiraquell. in tractat. de ll. connubial. verb. contract. num. 15. M. Ant. Peregrin. in tract. de fideicommiss. art. 48. num. 98. Iacob. Menoch. in tract. de recup. poss. remed. 8. num. 8. cum 3. seqq. And. Gail. d. obs. 75. per tot. Ioseph. Ludou. decis. 47. num. 22. & seq.*

Iam quod assumptionem attinet, nẽpè iudicem contra iuris ordinem ad decretum de immittendo prosilijsse: dependet eius probatio *ex d. l. vlt. vers. sin autem aliquis, C. de edict. D. Hadr. tollend.* cuius hæc sunt verba: *sin autem aliquis contradictor. extiterit, tunc in iudicio competenti caussæ in possessionem missionis, & subsecutæ contradictionis ventilentur, & ei possessio adquiratur, qui potiora ex legitimis modis iura ostenderit.*

262 Hæc Iustiniani Principis dispositio hũc ordinem præscribit, vt iudex imploratus ab hærede scripto ad decernendam immissionem videat, an possessio bonorũ sit vacua, an iam occupata: si occupata, an possessor contradicat immissioni: si contradicit, citandus est: citato eo, caussæ cognitio adhibenda: & denique causa cognita possessio ei decernenda, qui meliora iura deduxit. Omnem istum ordinem Iudex neglexit. Primò enim non necesse indigare habuit, aut quærere, an possessio sit plena, sed ex declaratione cum annexa protestatione contra futuros turbatores à Domino Actore ad eum *3. Febr. anno 1610. iuxta docum. apud libell. lit. B.* transmissa, sciuit, quod Dominus Actor iam bonis possidendi animo insistat. Secundò, voce, literis, & nuncijs Dominus Actor instantissimè se opposuit & contradixit, *iuxta docum. apud libell. lit. E. cum aliquot seqq.* Tertiò etsi sciuit iudex possessionem plenam esse, & possessorem se opponere, nihilominus tamen ante decreti sui fulmẽ, eum non citauit: quantumuis citatio omnium actionum instituẽdarum principium sit,

vtin-

vt inquit text. in §. vlt. l. de pœn. tem. litigant. & ponit. gl. & ibidem ſcribentes in rubr. ff. de in
264 *ius vocand.* & ſpeciem naturalis defenſionis contineat, quæ nemini deneganda, *l. vt vim, ff. de iuſtit. & iur. l. 1. §. cum arietes, ff. ſi quadrup. pauper feciſ. dicat. l. defenſionis facultas, & ibi Bartol. C. de iur. fiſc. lib. 10. & l. vnius, §. co-*
265 *gniturum, ff. de quæſtionibus*, ne diabolo quidem, ſi foret in iudicio, *vt Rota Romana habet apud Sebaſt. Vant. tract. de nullit. rubr. de*
266 *nullit. ex defect. citat. num. 3.* Atque in indiuiduo, vbi poſſeſſio eſt præoccupata, citationem ſpecialiter in poſſidentem directam requiri, ſi heres ſcriptus petit ſe immitti virtute *l. fin. C. de edict. D. Hadr. toll.* concors omnium *in iam d. l.* eſt ſenſus & conſenſus: adeò vt *Menoch.* in hæc verba ſcribat: *neminem eſſe qui diſſentiat, in tract. de adipiſc. poſſeſ. remed. 4. numer. 447. cum quo conueniunt dicta Achill. Perſonal. in eodem tract. de adipiſc. poſſeſ. num. 244. cum aliquot ſeqq. & aliorum, quos reſp. 2. num. 16. allegauimus.* Quartò nulla etiam hîc interuenit cauſſæ cognitio: imò quod adhuc grauius eſt, cum Dominus Actor ſpecialiter re adhuc integra ad eam prouocaret, abſciſsè ei denegata fuit, *vti conſtat ex docum. apud libell. ſub G. & apud except. ſub D. num. 1.*

267 Ex his ſequitur veritas concluſionis, nempe decretum ſæpe dictum ipſo iure nullum fuiſſe: tum propter generalem illam doctrinam, quod iudex, formam & modum procedendi à iure præſcriptum qualitercunque negligens, nulliter procedat, *per text. in l. prolatam, C. de ſent. & interloc. omn. iudic. & per paullò ante adducta:* tùm & in ſpecie, quod decretum aut ſententia abſque præuia citatione eorum, quorum intereſt, & abſque ſufficienti cauſſæ cognitione prolata nullitatis vitio indubitanter
268 laboret. De citatione *eſt text. in l. cum & minores, C. ſi aduerſ. rem iudicat. in c. 1. de cauſ. poſſeſſ. & propriet. cum ſimilib. & tradunt Cc. in c. noſtra, ext. de procurat. teſte Tiber. Decian. conſ. 35. num. 45. cum ſeqq. ex profeſſo Vant. ſub rubr.*
269 *de nullitat. ex defect. citat.* de cauſſæ cognitione *text. optim. in l. ſi per luſorio, §. fin. ff. de appellat.* vbi Diui fratres ad Domitium in hæc verba reſcripſerunt: *Quod abſente poſſeſſore, nec quoquam nomine eius reſpondente, pronunciatum eſt, non habet rei iudicatæ auctoritatem.* concordat *text. in l. cum hi, §. ſi prætor, ff. de tranſaction.* ait ibi Vlpian. *ſi prætor aditus citra cauſſæ cognitionē tranſigi permiſerit, tranſactio nullius erit momenti: in terminis noſtris text. in l. vlt. C. ſi per vim vel al. mod.*

Sequitur & illud, quod concluſioni adiecimus; quod iudex decretum hoc ſuum executioni non mandare, ſed ad preces à
270 Domino Actore factas tollere debuiſſet: iuxta commune dictum, iudicem qui facilis fuit in decernendo, facilis etiam debeat eſſe in reuocando ea, quę pręcipiti feſtinatione decreuit, de quo fuſiſſimè *Tiraquellus, Peregrinus, Menochius, Geil, & Ludouicus, ſupra num. 261. citat.* Deniq; ſequitur, etiamſi Dominus Actor executorum impreſſionem prouocationibus, proteſtationibus, & poſtulationibus ſuis iuſtiſſimis & creberrimis, ne in paucas quidē horas, impedire potuerit: quod tamen executio ipſorum, inducendo Dominum Reum in poſſeſſionem, effectum iuris non habuerit, id eſt, poſſeſſionem quam Actor iam tene-
271 bat & deſerere nolebat, Reo non dederit. Qui enim alterius poſſeſſionem etiam ductu & decreto Iudicis, ſed tamen inualido, ingreditur, omnium ſententia iudicialis turbator eſt, quod, quia ſuperioribus reſponſis *(vt reſp. 1. num. 35. reſp. 2. numer. 16. cum ſeqq reſp. 3. num. 53. & reſp. 4. num. 30. & 31.)* ſæpiſſimè inculcauimus, repetere hoc loco non tàm moleſtum quàm ſuperuacaneum eſſet.

Ad hanc noſtram argumentationem aliud nihil habent Roſtochienſes, quod dicant, quam iſtud: ſe non negare quidem, de iure requiri, vt citentur omnes, quorum intereſt, tamen quo minus hoc caſu neceſſarium fuiſſe exiſtiment, pluribus argumentis & rationibus ſe permoueri.
272 Hic grato animo acceptamus, quod regulam nobis concedunt, nimirum regulariter citandos eſſe eos, quorum intereſſe vertitur; & ſic nos intentionem fundatam habemus, donec probatur exceptio à regula, *gl. & Cagnol. in l. omnis definitio, ff. de reg. iur. idem Cagn. & Deci. in l. 1. eod. Andr. Tiraquell. de retra. conſanguin. §. 1. gl. 2. nu. 211. verſ. quibus adde, Fulu. Pacian. conſ. 17. num. 5. conſ. 33. num. 19. & conſ. 103. num. 76.* Videamus igitur, quas exceptiones Domini Conſulentes prætendant?

273 Initio, aiunt, scimus non esse citatione aduersarij opus, quando aliquis propria auctoritate, etiam sine iudice, possessionem ingredi potest, *allegant Bald. in l. ne quidquam, §. vbi decretum, ff. de off. procons. & legat. Iason. cons. 20. num. 5. vol. 4. & Nicol. Euerhard. iun. cons. 10. num. 98. vol. 2.* at potuit hoc casu Dominus Reus, vtpote heres scriptus, possessionem ingredi sua voluntate & auctoritate; idque se supra ostendisse autumant, *videlicet cap. 8. sub ratione decidendi 18.*
274 *sui responsi.* Respondetur, heredem propria autoritate possessionem ingredi tum posse, quando adhuc vacat: non autem quando bona ab alio iam sunt occupata. Nam hoc casu iudex semper adeundus est, neq; sibi ipsi ius aliquis dicere potest, *l. non est sin-*
275 *gulis, ff. de reg. iur.* secus si facit, iure suo cadit, *l. extat, ff. quod met. caus. l. si quis in tantam, & l. meminerint, C. vnd. vi §. recuperanda, vers. sed ex constitutionibus, I. de interd.* Et Dd. hîc citati, aliique omnes, qui tenent heredem propria auctoritate bona ingredi posse, loquuntur de possessione vacante; testis locuples est *Iacob. Menoch. de adipiscend. possess. remed. 6. num. 4.* quem attulimus, & secuti sumus, *resp. 4. num. 7.* Sæpius autem dictum & probatum superioribus responsis, & ostendetur amplius *quæst. seq.* quod Dominus Actor prior possessionem apprehenderit; & ita possessio tempore immissionis vacua non fuit. Vnde etiamsi Dominus Reus verè heres scriptus, aut nuncupatus fuisset (quod tamē suis locis refutauimus) adhuc
276 iudex, absque præuiâ citatione Domini Actoris, eiusdemque possessoris, immittere eum non potuisset. Possessor omnis, etiam iniustus, etiam per iudicem, eiiciendus non est, nisi vocatus, & auditus, *gl. receptain c. licet Episcopus, de præbend. lib. 6. & scribit fusè post Innoc. Bald. Iason. & alios M. Ant. Peregrin. in tract. de fideicomm. art. 48. num. 18.* multò igitur minus cum iusto possessore (cuiusmodi Dominum Actorem fuisse, & adhuc esse, mox comprobabitur) tale quid tentandum erat.

Secunda exceptio: Iudex Dominum Reum non tàm immisit, quàm in possessione iam ante legis auctoritate adquisitâ confirmauit: ideoque partem aduersam citari necesse non fuit, *d. l. fin. C. de edict. D. Hadr. toll.* Cuperemus hîc vt nobis ostenderent legem illam, cuius auctoritate Dominus Reus possessionem adquisiisset. Citata *l. fin.* esse non potest, quia non dat possessionem, sed dat remedium adquirendi possessionem; & qui vigore legis illius immissionem petit, hoc ipso ex natura remedij adipiscendę fatetur, se possessionem nō habere, nec vnquam habuisse:
277 non potest etiam esse lex alia in corpore iuris; cum dominium quidem ipso iure in heredem suo modo transeat; possessio verò transeat nunquam, sed corporali apprehensione opus sit, *l. cum heredes, in princ. ff. de adquir. vel amitt. possess.* vbi ait, *Iauolenus IC. cum heredes instituti sumus, adita hereditate, omnia quidem iura ad nos transeunt: possessio tamen, nisi naturaliter comprehensa, ad nos non pertinet, iunge Andr. Geil, lib. 2. obseruat. 129. num. 1. cum seqq. Ioach. Mynsing. cent. 3. obs. 38.*
278 Hinc consuetudo Gallorum, *le mort saisit le vif*, cuius virtute possessio in heredem absque apprehensione transfertur, *de qua Tiraquell. integro tractat. & remissiuè Andr. Geil, d. obs. 129. nu. 13.* quæ consuetudo superuacanea esset, si ius scriptum idem disponeret. Et verò cum & Iudex & Reus decretum sæpe dictum vocent decretum immissionis, cur Domini Rostochienses decretum confirmationis appellitent, rationem non habent: qui iuxta Acta se respondere velle initio sui responsi promiserunt: maximè cùm ex iisdem actis nullum vestigium appareat, quantulæcunq; possessionis à Domino Reo ante decretum habitæ: immò triduo ante hoc decretum impetratum, quando aperiebatur testamentum Ioannis Georgij, Reus spatium deliberandi petiuit ad decem dies, quibus velit cogitare, an expediat sibi adire hereditatem. Quomodo igitur possidere potuit ante decretum is, qui animo adhuc ancipiti fuit, vtrum velit habere bona, nec ne?

Tertia exceptio: citatio minimè necessaria est, quando iudex aliquem tantum pro iure, quod habet, in possessionem interim mittit, & aduersarij iuribus, si quæ habeat, prorsus nihil detrahit, *allegant Salicet. in d. l. fin. num. 4. Alex. num. 16. Zuchard. num. 315. & Menoch. nu. 453.* Acceptamus hoc loco, quod iuribus & possessioni Domini Actoris per immissionem nihil detractum sit: quemadmodum igitur ab initio possedit,

dic, ita & nunc possidet: ac proinde Reus possidere nequit rē ab alio possessam. Atq; hoc ita esse ex allegatione à Consulentibus facta manifestè elicitur: Sic enim *post Salicet. Alex. & Zuchard.* inquit *Menoch.* loco ab ipsis citato. *Declaratur secundo non procedere quando hæres simpliciter petit, se esse mittēdum in possessionem: nam tunc possessor non citatur. Illa est ratio, quia hæc pronunciatio dicitur interlocutoria, quæ non adfert aliquod detrimentum possessori, non ergo est necessaria citatio. Et hoc in casu hic missus in possessionem non efficitur possessor, sed solū detinere dicitur.* Hæc *Menochius*: ex quibus fit, quod Clientis sui sententiam ipsi euertant, & Dominum Actorem in possessione confirment. Ac propterea ista Consulētium tertia exceptio idem importat, quod nostra conclusio, dum dicimus: hanc immissionem nullius momenti esse: si enim effectum non habet veræ immissionis, id est, si non dat possessionem; sane nullius momenti aut ponderis esse potest, iuxta illud: si re priueris, nec nomen habe-
281 re mereris, *l. in nullo. C. de fer. l. fin. C. de senten. ex breuic. recitand. Bald. in l. si vt proponis, nu. 5. C. quomod. & quand. iud.*

Quæ cum ita se se habeant, quod exceptiones, quas attulerunt, Consulentes ad regulam illam, *possessorem, & alium quemlibet, cuius interest, citandum esse*, partim nullarum virium sint, partim propriæ ipsorum intentioni noceant: stat nostra conclusio, qua asseueramus, decretum immissionis inualidum, & executionem decreti sine effectu adquirendæ Domino Reo possessionis fuisse. Atq; hic subsistere possemus, cum per hucusque deducta satis appareat de inualiditate decreti: sed progrediamur vlterius, & videamus, quem finem accepisset iudicium legitimè institutum, quo, petente Domino Reo immissionem, Dominus Actor citatus & cum iuribus suç cōtradictionis auditus fuisset. Non veremur
282 asserere Dominum Actorem potiora iura habiturum atque adeo victorem futurum fuisse. Nam omnium calculos tulit illa sententia, quæ vult, quod fideicommissarius sine vitio possidens, & de iure suo ex continenti docere paratus, legitimus, & talis contradictor sit, qui hæredem scriptum & immissionem vigore *d. l. fin.* petentem vincere debeat *iura & Dd. citauimus resp. 1. num. 3. & num. 25. & resp. 2. num. 2. cum multis seqq.*

Omnia ista concurrunt in Dño Actore. Primò possessio, quam hoc loco supponimus, quæstione autem sequenti dilucidè
283 ꝓbabimus. Secundò possessio non vitiosa; tametsi enim regulariter verum sit, quod fideicommissarius propria autoritate fideicommissi bona inuolare non debeat, sed de manu hæredis capere, *l. restituta, & l. facta, ff. ad SC. Trebell. § restituta, I. de fideicom. hæred. Achill. Personal. in tract. de adipiscend. possess. num. 402. And. Tiraquell. in tract. le mort saisit le vif, part. 2. declarat. 11, num. 2.* fallit tamen regula ista & aliis, & hoc potissimum casu, quo fideicommissum de primo fideicommissario, qui ab hærede directo tenetur possessionem expectare, ad secundum
284 vel vlteriorem transiuit. Hic secundus aut alius vlterior per se, & priuata sua autoritate, non expectato alio, bona apprehendere potest, *per text. ineuitabilem in l. sancimus, §. cum autem, C. de SC. Trebell.* vbi nemi-
285 nem inuenias, qui cōtradicat. Tertiò concurrit celeris probatio: extat enim testamentum Proaui, quod verbis manifestissimis Domini Actoris Coniugi successionē, & nemini alteri, defert: ille verò celeriter, seu in continenti probare dicitur, qui instrumenta in manibus habet, & iudici sine mora aut dilatione ostendit, *Dd. apud Hart. Pist. lib. 4. quæst. iur. q. 10. nu. 19.* nec insistimus istis, quia fusissimè à nobis tractata sunt *d. resp. 1. nu. 26. vsq. ad fin. quæst. 1. & resp. 2. num. 3. vsq. ad num. 22.* sed illa solummodo examinanda sunt, quæ Domini Rostochienses hinc inde obiicere, aut se extricare ex certissimis nostris fundamentis velle vidētur.

Itaq; quod cum vtriusq; iuris schola tenemus, fideicommissarium, concurrentibus requæsitis iam allatis, personam legitimi contradictoris rectè assumere, respon-
286 dent, id tum demum rectè dici, & verum esse, si fideicommissarius testamentum factum fuisse nesciuit, quod si de vltima defuncti voluntate notitiam habuit, & nihilominus propria autoritate possessionem ingressus est, eum malæ fidei possessorem esse, *citant Aug. Beroi. cons. 89. nu. 9. in fin. & nu. 10. vol. 2. Roland. à Vall. cons. 1. num. 71. vol. 1.*

Sed replicamus cum regula *Bonifac. VIII. summi Pontificis in c. non præstat. de reg. iur. li. 6.*

non præstare videlicet impedimentum, q;
de iure non sortitur effectū; Dn̄s Actor sci-
uit forsan testamētum factum à nouissimo
fideicōmissi possessore: quia tamen & hoc
sciuit, quod testamentū istud, quoad bona
fideicommisso subiecta, nullius valoris sit,
in ius nō deliquisset, etsi remoram seu im-
pedimentum huius testamenti spreuisset,
& suo iure ingrediendo possessionem vsus
esset, *facit. text. in l. hac stipulatio, §. Diuus, ff. vt
lega. nom. caueat. l. quod si dubitetur, ff. de adqui.
vel omit. hered. l. qui potest inuitis, ff. de reg. iur.
cum similibus allegatis per Andr. Geil, in tract.
de arrest. imper. c. 3. numer. 16. cum seqq.* vbi in-
288 quit, quod frustra expectetur id, cuius euē-
tus nihil operatur. Et sanè sicuti nullo iure
dictum hoc, quod scientia testamenti facti
à grauato impediat ingressum vocati, niti-
tur, ita & auctoritate saltē illa destituitur,
quam Consulentes inducunt. Nam vt à *Ro-*
289 *land. à Valle*, quem bis allegant, initium ca-
piamus, legimus diligenter totum illum
locum, quo se fundant, nempe *cons. 1. nu. 71.
vol. 1.* non potuimus tamen vllum verbū ad
præsens Dominorū Rostochiensium pro-
290 positum inuenire. Quod attinet *Aug. Beroi.
in cons. 89. nu. 9. in fin. & n. 10. vol. 2.* in themate
suo, quod cum nostro planissimè conue-
nit, rem ita decidit, vt Dominus Actor a-
liam in hoc articulo sententiam desidera-
re non debeat: ait enim disertè, factam à
iudice immissionem nullius esse momen-
ti, & fideicommissarium in apprehensa
possessione contra testamentum grauati
defendendum esse. Quamuis autem in
formatione quæstionis & casus etiam illa
verba adiiciat *(si fortè existimet se posse ab in-*
291 *testato succedere, &c.)* tamen illa perfuncto-
ria sunt, in quibus vim non facit, quod ap-
paret ex vocabulo *fortè:* ideoque ad deci-
sionem adduci non merentur, *per tradita à*
292 *Surd. decis. 238. nu. 9.* Deinde collatio ista su-
mitur à contrario sensu: quod argumen-
tum à contrario sensu, locum non habet in
verbis narratiuis, etiam in lege vel canone
nedum in aliquo Doctore positis, cuius
aliâs non est necessaria auctoritas, *gl. in l. 1.
C. quand. non petent. part. Nicol. Euerh. Præs. in
Topic. loc. à contrar. sens. num. 13.*

His subiungunt leuiora quædam; vt
quod Dominus Actor nomine vxoris non
sit vlterior fideicommissarius, sed primus:
atqui hoc falsum esse, clausula fideicom-
missi Georgiani omnino euincit, ex qua
constat, fideicommissum à Proauo consti-
tutū per plures iam gradus ad præsentem
successionis casum deuenisse. Quod iam
dicta Georgiani fideicommissi clausula sit
obscura, adeoq; ius Actoris ex continenti
probari non possit: sed & hoc ad rem non
facere ostendimus *resp. 4. nu. 20. cum aliquot
seqq.* Quod denique Dominus Actor non
producat titulum similem aut meliorem
titulo heredis scripti: sed monstratum ha-
ctenus, quod immò longè superiorem &
meliorem titulum producat. Neq; Docto-
res omnimodam similitudinē titulorum
requirunt (alioqui fideicommissarius he-
redi nunquam contradicere posset, quod
apertè falsum est) sed vel parem in effectu,
vel, vt diximus, meliorem admittunt.

Restat iam, vt rationibus decidēdi, quæ
Dominos Consulentes in contrariam opi-
nionem impulerunt, satisfaciamus. Præ-
mittunt autem in primis titulum, cuius
vigore immissio facta sit: deinde septē re-
quisita legitimi cōtradictoris subiiciūt, &
ad singula ostendunt, quod Domini Acto-
ris intentioni accommodari nequeant.

Aiunt: Dominus Reus habet titulum
ex priuilegiis gentilitiis, & ex defuncti vo-
luntate suprema, per scriptum significata,
& voce insuper pronunciata; ideoq; iustè
possidet & iustè in possessionē missus est.
Respōdetur: titulos istos seu illusiones po-
tius in hunc vsq; locum sufficienter refu-
tatas esse: & dato, robur eis aliquod inesse,
non sequeretur tamen, quod Consulentes
sequi putant: nimirum propter eos Reum
in possessionem iustè missum esse. Nam si
293 contradictor adest, iudex non vnam dun-
taxat aurem immissionem petenti præbe-
re debet; sed & alteram contradictori, vt
& sua iura titulosq; alleget, porrigat neces-
se est; & ei tandem possessionem addicat,
qui, vt textus habet, potiora iura ostende-
rit, *d. l. fin. C. de Edict. D. Hadr. toll.* Iam ad re-
quisita prætensa legitimi contradictoris.
Scribunt: primò requiri vt cōtradictor se
immitti petens probet se heredem esse: se-
cundo, vt testamentum visibili vitio ca-
rens ostendat, *citant d. l. fin. & ibid. Interpp.
& Augustin. Beroi. cons. 59. num. 4. vol 2.* Sed
quid hoc argumēti est? Contradictor non
petit,

294 petit se immitti in possessionem, sed petit vt in possessione iam ante apprehensâ defendatur: pertinét igitur duo ista requisita ad heredem scriptum, non ad contradictorem, vt vel illis testibus euincere possumus, quos pro se Domini Consulentes producunt, & ad quos prouocare non erubescimus; *nempe ad text. d. l. fin. ad Interpr. & Augustinum Beroium.*

Verùm ne fugiendo vincere velle videamur, largiamur eis, requisita isthæc ad contradictorem pertinere: non tamen procedit quod asseuerant ea penes actorem non esse. Certum namque est Dominum Actorem, administratorio Vxoris nomine, heredem fideicommissarium esse ex dispositione Proauitâ, eademque clarissimâ, & vix cauillationibus, nedum probabilibus contra hûc heredem interpretationibus expositam: E contrario falsum est, quod toties de Reo, tanquam herede scripto & nuncupato iactitant, *per deducta in quæstio. 6.* Rursus certum est & vtrinque confessatum, quod Dominus Actor produxerit testamentum omni vitio carens: è contrario testamentum, quo Dominus Reus innititur, in materia & forma vitiosum est, *vt d. quæst. 6. demonstratum:* & quod de bonis feudalibus, gentilitiis, & masculina qualitate affectis adiiciunt, iam sæpius quoque conculcatum est.

295 Tertiò requirunt, vt contradictor probet rem controuersam à defuncto tempore mortis possessam esse, *alleg. d. l. fin. & ibi Bart. num. 2. & Aug. Beroi. cons. 55. num. 6. vol. 2.* & hoc Dominum Reum liquidò ostendere posse: Dominum verò Actorem non item. Hic iterum confundunt iura seu requisita heredis scripti cum iuribus seu requisitis legitimi contradictoris: scripti heredis est docere, quod bona, in quæ immissionem postulat, per defunctum tempore eius mortis possessa fuerint, aut detenta: *videant Bero. cons. ab ipsis citat. numer. 5. vers. quartum quod bona*; considerent item *text. & dicta Bartol. in d. l. fin.* & forte nobiscum sentient. Sed cedamus etiam hoc loco, & ponamus contradictorem debere probare quod defunctus bona controuersa possederit: tamen nunquam dubitatum fuit, quin Georgius de Rechenberg Proauus, bona omnia, in suo testamento nominata, mortis suæ tempore possederit; & de ipsius Proaui, tanquam fideicommittentis, successione nunc agitur. *l. coheredi,*
296 *§. cum filia, ff. de vulg. & pupil. substit. l. sequens quæstio, ff. de legat. 2. l. precibus, & ibi Alexand. num. 4. vers. item nota, Francisc. Mantic. de coniect. vltim. volunt. lib. 8. tit. 9. numer. 4. vers. illud verò admonendi, & tit. 18. numer. 5. Nicol. Euerhard. iun. cons. 53. numer. 79. vol. 1.* nouissimè autem defunctus possedit illa qui-
297 dem ex fideicommisso proauito: sed de eius successione Dominus Actor iam non agit: & præterea possedit saltem iure fideicommissi, vsque ad dies vitæ, tanquam rem alienam, ad imaginem vsufructuarij, *per text. in l. fin. §. sed quia, C. commun. de legat.* Denique cum nemo vnquam negârit aut
298 dubitarit, quin & institutor fideicommissi, & vltimò defunctus bona possederit, probare hanc omnibus notam & ab omnibus confessatam possessionem necesse non fuit, *in terminis Tiberi. Decian. cons. 124. num. 22. & seq. vol. 2.*

Vlterius requirunt, vt contradictor possessorem non vitiosum se esse demonstret; vt titulum euidentem & legitimum ostendat, vt de tali titulo ex continenti doceat: & vt superior vel certè par & æqualis sit titulo, quem aduersarius allegat: *ita Rostochiens. in decidendi ration. 4. 5. 6. & 7.* Hæc omnia vltro fatemur & volentes concedimus: pertinent namque regulariter & in suo sano sensu ad legitimum contradictorem: & in Domino Actore requiri omnia, non tantùm paulò antè, sed & superioribus responsis prolixè firmauimus: ad quæ sufficientes responsiones in hunc vsque diem nô vidimus. Requisitis legitimi contradictoris subiiciunt Domini Consulentes responsiones ad contraria: sed quoniam contrariis illis sententia nostra partim non innititur, sed ab auctoribus conficta sunt (id quod in toto fermè ipsorum responso factum comperimus) partim verò & quatenus nos tangunt iam ante sunt defensa, eis non insistimus, sed ad sequentem quæstionem properamus.

Quæstio VIII.

De possessione, quam vterque litigantium prætendit: deq; Prioritate eiusdem: & Iustitia.

Argumentum.

Dominus Actor verus bonorum, quæ in lite sunt, possessor est: Item prior: & denique iustior. Igitur in interdicto retinendæ meritò victoriam reportare debet.

Intentatam principaliter in hoc processu esse actionem in factum ex interdicto retinendæ, & euentualiter ex interdicto adipiscendæ possessionis, ignorare nemo potest, in cuius manus Acta deuenerunt. Vnde quoniam apud omnes in confesso est, in interdicto retinendæ eum ob-
299 tinere debere, qui possessionem ex sua, & turbationem ex parte aduersa probat, *l. 1. & tot. tit. ff. vti possidet. Ferrarius in form. libell. pro turb. possess. verb. hodie, num. 1. Ioan. Schneideuin. in §. retinendæ, numer 32. 39. & 44. I. de interd. Ioachim. Mynsing. ibid. vers. sed interdicto, numer. 2. Ioan. Oldendorp. clas. 2. action. 4. §. intentio actoris, num. 1. & 4. Nicol. Euerhard. iun. cons. 38. numer. 18. vol. 1. & ex omnium sententia Iacobus Menoch. de retinend. possess. remed. 3. numer. 556. & 559. & Ioseph. Mascard. de probat. concl. 1197. numer 2. vol. 3.* & si vterque se possidere prætendit, is præferendus sit, qui de antiquiori possessione docuit, *text. & Dd. in c. licet caussam, ext. de probat.*
300 *Schneideuin. d. §. retinendæ, numer. 84. Cacheran. decis. 55. per tot. Didac. Couar in pract. quæst. quæst. 17. circ. fin. Menoch. d. remed. num. 725. Mascard. concl. 1200. numer. 1. vol. 3. Nicol. Euerhard. iun. cons. 34. numer. 81. vol. 2. M. Anton. Natta cons. 538. numer. 2.* aut si omnia paria sunt, & ignoretur quis prior possessio-
301 nem ingressus sit; is vincat, qui iustiorem possessionis habet titulum, *d. c. licet caussam, ext. de probat, l fin. ibi, & ei possessio adquiratur, qui potiora iura ex legitimis modis ostenderit, C. de edict. D. Hadrian. toll. Schneideuin. d. §. retinendæ, numer. 86. Ferrar. in, d. form. libell. pro turb. possess. verb. ad cessandum, nu. 4. Menoch. post omnes, d. remed. 3. nu. 733.*

Ideò rectè & ordine faciunt Domini Consulentes vt disputationem circa possessorium iudicium de *possessione* instituant, eiusque *prioritate*, & *iustitia*; & erit noster labor in hoc deinceps, vt ostendamus, penes Dominum Actorem omnia abundanter esse. Labor inquimus erit: sed sanè non magnus: sunt enim in hoc puncto possessorij ita clara omnia, atque ex Actis, & passim obuiis iuris regulis euidentia, vt & ipsi Domini consulentes, quantumuis in aliis capitibus satis animosè sententiam tulerint, hîc tamen trepidi subsistât, & iura Actoris expressim non reiiciant. Verùm collationem dûtaxat inter vtrumque litigatorem instituunt, atque sic tacitè concedunt, argumenta vtrinque grauia militare, sed tamen Domini Rei, apud ipsos nimirum, præponderare.

Jn quo sanè deferre iis non possumus, sed existimamus Actoris iura potiora esse: & vt maiore cum euidentia hoc demonstretur, generales quædam doctrinæ de natura, & probatione possessionis præmittendæ sunt. Et quidem primò quod regula sit minimè dubia: possessionem corpore, & animo adquiri; ideoque per insistentiam rei, cum animo sibi habendi siue possidendi coniunctam, suffi-
202 cienter & legitimè probari, *l. 3. §. 1. & 3. & l. quemadmodum, ff. de acquir. vel amitt. possess. l. nemo ambigit, C. eodem §. possidere, vbi latè Schneideuin. numer. 94. I. de interd.* In tantum, vt cùm in his duobus substantia possessionis consistat, non opus sit præter apprehensionem, realemuè insistentiam,
303 probare alios actus possessorios: vt censent omnes *in l. stipulatio ista, §. hæc quoque, ff. de verb. obligat. Iacob. Menoch. d. remed. 3. retin. possess. numer. 561.* cunctique iuris interpretes tradidere *apud Iosephum Mascard. de probat. concl. 1185. numer. 1. vol. 3.* Qui actus possessorij si accedant insistentiæ probatæ, adhuc fortius, atque adeò non tam sufficienter, quàm abundanter possessio do-
304 cetur, *Mascard. d. concl. 1185. numer. 8. & 9.* quę abundans probatio nocere nunquam, sed intentionem probantis magis elucidare semper solet, *l testa. & ibi gl. verb. cautela, C. de test. &. l. non solent, ff. de reg. iur. l. si pupilli, §.*
305 *1. ff. de negot gest. Andr. Geil, lib 2. obser. 1. n. 2.*

Secundò præmittimus, sicut qui fundi possessionem apprehendere vult, necesse nô habet, omnes eius glebas circumambulare; sed sufficit quamlibet partem eius fundi introire, dummodò mente, & cogitatione hac sit, vt fundum vsque ad termi-

terminum possidere velit, *text. formalis in d.l.3.§ 1. vers. quod autem diximus, ff. de adqui. vel amit. possess. iunct. l. si stillicidij. § fin. cum l. seq. ff. quemad. seruit. amit. l. vna est via, ff. de seruit. rust. prædior. cum similib.* ita & qui castrum cum pertinentijs, aut districtum aliquem cupit apprehendere, satis est ei, si partem eius, maximè principaliorem, animo habendi totum ingrediatur, *vt post Imol. & Iacob. de Beluis. sentit Natta cons. 446.*
307 *num.3. arg. l. Gaius Seius, §.1. ff. de legat. 2. & l. prædijs, §. balnea, & § qui domum, ff. de legat. 3.* estque notabilis doctrina *Zasij in d. l 3. nu. 28. ff. de adq. vel amit. possess.* cuius hæc sunt verba: *apprehensa possessione castri, vel territorij alicuius iam censetur apprehensa possessio omnium earum rerum, quæ in solo castri continentur, & quorumque tandem ædificiorum eidem castro intra vel extra continenter conti-*
308 *guorum: imò vt quiddam fortius dicam, omnes villæ ad castrũ pertinentes, omnes fundi circũiacentes, & quidquid omnino in toto isto territorio, vel etiam extra, ad castrum pertineat, eorum omnium possessio dicitur adepta, postquam possessio castri est apprehensa: & talis possessor posset intentare interdicta possessoria, etiamsi istos fundos de facto non apprehendisset.* Hæc *Zasius*, cum quo vnanimi consensu concordant *Dd. in d. l. 3 ff. de adquir. vel amitt. possess. & Canonistæ in c. literis extr. de restitut. spoliator. vbi eleganter Innocen.* quod apprehensa possessione Ecclesiæ per Prælatum, omnes fundi, & quidquid ad Ecclesiã pertinet, earum rerum omnium possessio dicatur apprehensa, *latè Bald. in c. 1. de cap. qui cur. vend. in vsib. feudor. Math. VVesenbec. con. 1. n. 51. Natta d. cons. 446. n. 2. & nos scripsimus*
309 *quoque respons. 2. num. 37. And. Tiraquell. de retract. consanguin. §. 30. gl. 3. nu. 4. cum seqq.*

Tertiò præmittimus, si possessio semel apprehensa est, non opus habet possessor in illa continuè perseuerare, sed potest ex re apprehensa pro lubitu discedere, & ita animo possessionem retinere. Quamuis enim animo solo adquiri nequeat posses-
310 sio, retineri tamen animo potest, *per text. expressos in l. 3. §. Sed etsi animo, & §. saltus hibernos. l. clam possidere, §. qui ad nundinas, l. peregrè, & l. quamuis saltus, ff. de adqu. vel amitt. poss. l. licet, & l. fi. C. eod.* & hæc possessio, quæ solo animo retinetur, ciuilis passim appellatur, *Schneid. in d. §. possidere, n. 21. & 47. I. de interd. & est tex. in d. l. nemo ambigit. C. de adquir. vel amit. possess.* ac prodest ad obtinendum in interdicto retinendæ, *gl. in l. 1. §. vl. verb. possidet, & ibi Dd. ff. vti possidet Ant. Fab.*
311 *in Cod. suo, lib. 7. tit. 4. defi. 4. n. 12. Ioa. Schneid. in d. §. retinendæ, n. 12. & in d. §. possidere, n. 87. cum seq. Rebuff. in commen. ad const. reg. Galliæ, tom. 2. tit. de mater. possess. artic. 2. gl. 3. n. 12.* atq;
312 de hoc neminem dubitare scribit, *Iac. Menoch. d. remed. 3. de retin. possess. nu. 22.*

Quartò præmittimus, quando semel aliquis fundum, aut alterius rei possessionem apprehendit, non potest illa deinde ab alio possideri, cum certissima sit iuris nostri regula: duos eiusdem rei possessores in solidum esse non posse, *tex. in d. l. possideri, §. ex contrario, ff. de adquir. vel amit. pos-*
313 *sess. in l. duo in solidum, ff. de precar. & in l. si vt certo, §. fin. ff. commodat.* Ex quo fit, quod posterior alterius occupatio, non possessio sit aut dicatur, sed turbatio possessionis, *l. 1. §. est igitur, & l. si duo, §. item videamus si auctor, ff. vti possidet, l. Diuus Pius, ff. de seru. prædior. rusticor. Pet. Rebuff in commen. ad const. reg. Galliæ, tom. 3. tit. de mat. possess. artic. 1.*
314 *gl. 2. nu. 17. & alij cumulati per Menoch. d. remed. 3. retin. possess. n. 490.* tametsi per iudicẽ talis occupatio esset obtenta, *l. meminerint, C vnde vi, & l. fin. C. si per vim aut ali. mod. ca. conquerente, ext. de rest. spoliat.* aut etiam per Principis rescriptũ, *And. Gail, li. 2. obs. 76. n. 9 cum seqq. Ioseph Ludouic. decis. perus. 47. n. 23. & dictum amplius, q. præc.* vel certè si quis in
315 possessionem rei ab altero iam occupatã & possessam, inuito & reluctante possesso-
316 re se intrudit, atq; adeò de possessione aliquid adquirit, nihil adquirit aliud, quàm possessionem naturalem, eandemq; clandestinam, aut violẽtam, quam Prætor suo
317 edicto, quo de interdicto vti posſidetis edicit, non tuetur, *l. 1. in pr. ff. vti pos.* sed tuetur potius ciuilem possessionem, quæ penes antiquiorem possessorem remansit, *vt probauimus latè respons. 4. nu. 26.*

His ita de natura possessionis, & eius probatione præmissis, propius ad tria illa quæ in quæstione proponuntur, accedendum est. Et quidem quod possessioné attinet, dubium esse nõ potest, quin Dominus Actor cũ vtrumq; possessionis requisitũ, iuxta dicta præmisso primo, satis superq; probauerit, verissimus sit professor. De corporali quippe apprehẽsione, & insistentiã p ocularem inspectionẽ constat, cum nec Dominus Reus in Actis, nec Domini

mini Consulentes in hoc suo respōso dif-
fiteantur, & à parte rei ita sit, quod Domi-
nus Actor in Castro Wartenberg, princi-
pali loco fideicommissi proauiti, commo-
retur, eiq; cum omni sua familia insistat:
ocularis autem inspectio est modus pro-
bandi omniū firmissimus, qui fallere nun-
quam potest, *l. si irruptione, in fine ff. fin. re-
gund. §. fi. I. de grad. cognat. & sunt instar om-
nium And. Tiraq. de retract. consang. §. 4. gl. 1.
nu. 37. cum seqq. Ioseph. Mascard. de probat. q. 8.
per tot. vol. 1. & Rutger. Ruland. tract. de com-*
319 *missar. part. 2. lib. 3. de ocular. inspect.* imò pos-
sessio talis, quæ omnibus palam patet, non
opus habet probatione, sed iudex per in-
formationem simplicem potest, & debet
supplere, *vt post Bald. Bart. Alex. Aretin. &
Dec. decidit Tiber. Decia. con. 124. n. 22. vol. 3.*

Atque huic notoriæ insistentiæ acce-
dunt Actus plurimi non minus notorij &
euidentes, vt exactio fidelitatis & homa-
gij, perceptio fructuum, mandata villicis
& subditis data, venationes, &c. de quibus
omnibus sunt *documenta ad except. lit. O. nu.
3. & ad Replic. lit. H.* qui actus conuenienter
iam dicto præmisso primo insistentiæ cor-
porali cōiuncti adhuc magis possessionis
probationem firmant, atque corroborāt.

Animū possidēdi demonstrauit Do-
minus Actor duobus modis: ijsq; legitimis
& vno omnium ore approbatis. Vnus est
ex documento, siue literis *apud libellum
subsit. D. & apud except. sub liter. O. numer. 7.*
quæ euincunt Dominum Actorem mox
post mortem Ioannis Georgij de Rechē-
berg curatorio vxoris nomine, vnâ cum
ipsâ possessionem apprehendisse: & quod
hoc fecerit animo, cogitatione, & mente
possidendi: directis illis literis ad ordina-
320 rium Magistratum declarasse: & ab eo de-
fensionē aduersus turbatores futuros pe-
tijsse. Certum autem est & passim receptū,
quod ea, quæ in animo hominis consistūt,
declaratione eius plana fiant: talis quippe
animus præsumitur, qualia sunt verba.
321 Alter modus, quo Dominus Actor ani-
mum probauit, sunt Actus paullò antè
adducti; qui citra mentem, intentio-
nemque possidendi intercedere non
potuerunt: in declaranda namq; mente
facta inspicimus, *l. amplius, ff. rem rat. haber.*

*l. pro hærede, & l. recusari, ff. de adqui. vel omit.
hæred. l. cum in antiquioribus, C. de iure delib. l.*
322 *de quibus, ff. de legib.* imò facta fortiora sunt
ad voluntatem demonstrandā, quam ver-
ba, *tex. in l. si tamen, §. ei qui, ibi: multò amplius
est facere, quā pronunciare, &c. ff. de ædil. edict.
Pet. Anchar. consf. 302. n. 2. Ludo. Rom. consf. 291.
n. 4. Cothm. resp. 15. nu. 249. Iac. Menoch. cons. 5.
n. 16. And. Tiraq. de retract. conuent. in fi. tit. n.
76. Regn. Sixtin. cons. Marpurg. 12. n. 14. vol. 1.*
nihil igitur deest, quin Dominus Actor
possessionem suam non solum sufficien-
ter, sed & superfluè probauerit.

Accedamus iam ad secūdam partem
nostræ quæstionis, quæ de *prioritate posses-
sionis* est: vbi rursus nō cōtrouertitur quin
323 prioritas possessionis, seu, quod idem est,
antiquioris possessionis ratio ex solo tem-
pore desumatur, *c. qui prior, de reg. iur. lib. 6. l.*
324 *2. l. qui balneum, & passim, ff. qui pot. in pig. ha-
beant. l. qui duos, ff. de reb. dub. l. vnic. §. is autē,
vers. æstas, & ibi gloss. ff. ne quid in flum. public.*
Iam verò constat ex allegata declaratione
Domini Actoris, quod *die 3. Februarij, anno
1610.* ad iudicem scripta, illiq; statim insi-
nuata sit; quo tempore simul corpore Ca-
strum Wartenbergense apprehendit. In-
de igitur, & ex illo tempore cæpit posses-
sio Domini Actoris. E contrario constat,
quod Dominus Reus post publicationē
nouissimi testamēti, quæ facta est *10. Mar-
tij, anno 1610.* spacium deliberandi per inte-
grum decendium sibi sumpserit: vt inte-
rim de viribus hæreditatis, & pondere æ-
ris alieni inquireret, an lucrosa futura sit
hæreditas, ac propterea adeūda, vel dam-
nosa, atque ob id repudianda, probatur
hoc per instrumentum publicum *apud Li-
bell. lit. E. & apud Replic. lit. K. §.* **Rechenber-
gischer Herr** *Aduocatus*, & per confessio-
nem ipsius Rei *apud except. lit. O. numer. 4. in*
325 *pr. ibi:* **vnd** *spatium deliberandi* **begerth**: si i-
gitur primum deliberauit, an hæredita-
tem adiret, nec ne? certè possidendi ani-
mum habere non potuit, cum deliberans
adhuc anceps animo sit, & hinc inde flu-
ctuet, *tit. ff. & C. de iur. delib.* possessio verò
326 firmam consilij certitudinem requirat,
*argument. l. 3. §. incertam, ff. de adquirend. vel
amittend. possession. Ioann. Borcholt. in tra-
ctat. de possess. cap. 3. num. 2.* dinumeremus

hic

hic tempora: possessio Domini Actoris cæpit *3. Februarij, anno 1610.* publicatio testamenti facta est, *10. Martij eiusdem anni*; & ita post quinq; integras septimanas, à die cæptæ possessionis: & tamen etiam eo tépore Reus adhuc reseruauit sibi dies decem ad deliberandum. Quantò igitur tépore *3. Februarij, diem decimum Martij* antecedit, tanto antiquior est Domini Actoris possessio, etiamsi statim in ipso actu publicationis, Dominus Reus ius aliquod prætendere voluisset. Et hoc tam longum tempus, quinq; nimirum septimanarum, & aliquot dierum, vehementer stringit, vtpote cum attendatur possessio, ad obtinendum in interdicto retinendæ, si per vnum diem, aut per duas, vel vnam saltem
327 horam, aut momentum prior sit, *text. in l. si quis eum, §. si suo. ff. de vulg. & pupil. substitut. & in l. cum pubere, cum l. seq. ff. de reb. dub. gl. in l. si ex pluribus, §. fin. verb. die, ff. de solution. gl. in c. duobus, verb. si non appareat, de rescript. lib. 6.* vbi enim vis est in prioritate tempo-
328 ris, hæc omnia dies horæ & momenta in consideratione sunt, *And. Tiraquell. de iur. primigen. q. 3. nu. 2. Ioseph. Mascard. de probat. concl. 1200. n. 19. M. Ant. Natta, cons. 538. nu. 4.*

Tertium membrum præsentis quæstionis est, *de iustitia possessionis*: sed & hæc penes Actoré est, siue possessioné ipsam inspicias, siue titulum possessioni coloré inducentem. Nam possessio, vt possessio, propterea iusta est, quòd Dominus Actor eam, dum adhuc vacua esset, tanquam vlterior fideicommissarius, iure permittente ingressus est, *per supra notata num. 284.* Titulus, qui colorem & iustitiam extrinsecam ei superinduxit, est ex fideicommisso Proauito omnium clarissimus & certissi- 329
mus, *vt tota quæst. 5. tractauimus.*

His attentis non tantùm facilior & breuior, sed & iuri factoq; conuenientior cóparatio inter vtrumq; litigantem institui potest: quam Domini Rostochienses per septendecim considerationes fecerunt.

Si enim quæras, *vter ex ijs sit verè possessor?* in promptu responsio est: Actorem verè possessorem esse; Reum verò turba- 330
torem; vel ad summum, si quid nactus est, possessorem clandestinum, aut violentum, quem prætor interdicto, vti possidetis, non defendit, *iuxta d. præmisso quarto.*

Si iterum quæras, *vter sit prior in actu possidendi?* & communis sensus aliud dictare non potest, quàm quod Dominus Actor ipsis quinque septimanis, & quod excurrit, prior sit: adeò, vt qui hoc negaret, sanè imbecilli intellectu, ac proinde helleboro dignus esset, *per d. num. 323.*

Si quæras tertiò, *cuius possessio sit iustior?* parata rursus solutio est; cum Reus non sit possessor, sed turbator, quod de iustitia suę possessionis tractari nequeat: vbi enim subiectum non est, ibi nec accidens est, *per d. n. 177.* vel certè si ei possessioné aliquam tribuimus, tamen iusta, ne dicamus iustior Domini Actoris possessione non est, tùm quia recentior: *iuxta notata præmiss. 4.* tùm quia non colorata tali titulo, qui ad normã iuris exactus subsistere queat, *per tradita quæst. 1. & 5. seqq.*

Quæ cum ita sint, hæsitabit quis forsan, & quæret, an stante facto tam euidenti, & iuris regulis tam claris: habeát aliquid Domini Rostochienses, quo partes Domini Rei defendant. Verùm nó est quod hæreat: habent ipsi numerantq; triginta nouem rationes pro Reo. Quis incautus, & iuris ignarus ad tantum numerum nó obstupescat? Incautus inquim⁹, & iuris ignarus: quicunque enim eas penitius inspicit, & ad iuris normã explorat, facillimo negotio eas ad paucissimas reuocat, & reuocatas declinat.

Nam quod primò scribunt hæreditatem in plerisq; casibus defuncti personã repræsentare, & in ea qualem qualem possessionem esse: ideò qui eam sine titulo, & iusta causa inuadit, expilatoré dici: & verò nullum esse in actis legitimum titulum quo Dominus Actor niti possit.

Respondemus, distinguendũ hic esse Dominiũ à possessione. In Dominij quæstionibus, cum iuris sint, hæreditas defunctum repræsentat, *l. non minus, ibi: quia creditum est hæreditatem dominã esse, defuncti locum obtinere, ff. de hær. inst. l. si ante aditã, ibi: quia domini loco habetur hæreditas, ff. de inter. in iur. facien. l. liber homo, §. 2. ibi: dominus ergo hæreditas habebitur, ff. ad l. Aquil. cum similib.* quãdo verò agitur de possessione, quoniã illa facti est & corpus requirit, *l. possess. iunct. l. 3. §. 1. ff. de adq. vel amit. possess. l. deniq; si emp. in fi. ex quib. cau. maior.* pręfata fictio cessat, *tex. insignis & decis. in l. 1. § Scæuola ait: ff si is q test. li. esse ius. er.* cui⁹ hæc sunt verba, *Scæuola ait.*

ait, possessionis furtum fieri, denique si nullus sit possessor, furtum negat fieri. idcirco autem hæreditati furtum non fieri, quia possessionem hæreditas (notetur) *non habet, quæ facti est & animi. Sed nec hæredis est possessio, antequam possideat; quia hæreditas in eum id tantum transfundit, quod est hæreditatis, non autem fuit possessio* (notetur) *hæreditatis.* Hæc
331 ICtus ex quibus manifestum est, quod hęreditas fingatur quidem dominari, sed nō possidere, *facit l. in eo, §. 1 ff. de adquir. rer. do-*
332 *min. l. hæreditariæ rei, ff. de furt. l. si expilatæ, & l. fin. ff. expilat. hæredit.* nisi in materia vsu capionis, *l. nunquam, §. vacuum tempus, l. hæres eius, & l. captam. ff. de vsurpat. & vsucap. l. cum miles, in princ. ff. ex quib. caus. maior. Iacob Menoch. remed. 4. adipisc. poss. num. 591. & remed. 13. recuperand. possess. numer. 46. Ioann. Coras. lib. 6. Miscellaneor. iur. cap. 12. num. 1.* & ex hoc fit, quod hæreditas nunquam sit ita loco possessoris, vt is, qui ad bona adspirat, arripere possessionem nequeat: aliàs consequeretur, quod nunquam posset occupari, nunquam etiam vacua esset, quod absurdum dictu, *latè Iacob. Menoch. in tract. de adipisc. poss. remed. 4. nu. 590.* Quod subnectunt se in Actis nullum titulum Actoris vidisse: id ipsis imputandum est, cur eum non ea, qua par est, diligentia perquisierint, aut vltrò se ingerentem agnoscere noluerint. Rectius iudicabunt, penes quos iudicandi potestas futura est.

Quod secundò & tertiò dicunt, illum qui hæreditatem necdum per hæredes aditam inuadit, plus peccare, quam eum qui possessionem negligentia possessoris viuentis vacuam occupat: item ita demū propria authoritate possessionem vacantem arripere nobis licere, & permissum esse, si melius ius habeamus quam aduersarij: nihil roboris habet. Quod enim prius dictum attinet, non agitur hîc de hęreditate proximè defuncti, sed de fideicommisso proauito. Ideò non opus est exspectare hæreditatis aditionē: cum hęres Proaui nunc quidem per rerum naturam nullus alius existere possit, quam Domini Actoris Coniunx, vtpote proneptis ex corpore descendens, & præ agnato remotissimo proximior in familia. Posterius dictum in iure fundamentum non habet, & destruitur *per l. 2. cum similib. ff. vti possidet.* imò etsi concedamus illud, magis tamē inseruiet Domino Actori quam Reo, siquidem sæpius ostensum illum meliori niti titulo.

Quarta ratio locum habet inter cohæredes, quando vnus alium indebitè anteuertit, *ita ipse And. Gail, à consulentibus citatus in tract. de arrest. Imperij c. 1. num. 22. & cap. 11. circa fin. Cach respon. 9. num. 180. & seq. & respon. 38. num. 155.* sed id hoc casu locum non habet, cum Dominus Actor cohæredem Reum neque cupiat, neq; agnoscat: sed certus sit soli suæ Coniugi totam hęreditatem proaui in solidum ex testamento deberi.

Quinta ratio huc non quadrat, cum loquatur de eo casu quando aliquis hæreditatem à proximè defuncto sibi vindicat: qui si facto testamento discesserit, & faciendi quoque ius habuerit, facit locū regulæ, *l. quandiu, ff. de acquir. vel omitt. hæred.* sed hoc processu Dominus Actor, non petit hæreditatem Ioannis Georgij, sed bona fideicōmisso proaui subiecta. Deinde notorium quoque est, & dictum sæpissimè nouissimum testatorem testandi ius non habuisse de bonis proauitis, tāquam
333 alienis. Et certè *Beroius cons. 89. num. 9. & 10. vol. 2.* quem hoc loco allegant plane contra ipsos facit. Cum enim ibi frater fratri demortuo à patre per fideicommissum substitutus, in continenti post mortem fratris bona occupasset & possedisset: quāuis defunctus testamentum reliquisset, & in eo hæredem quam maximè fauorabilem, Monasterium nempè & ita piam causam instituisset, tamen nihilominus respondet, fratrem substitutum in possessione tuendum, & immissionem iudicis Monasterio factam, ad ostensionem testamenti possessore non citato, & causa non cognitā esse ipso iure nullam. Qui casus cum nostro ex amussim conuenit, & propterea per hanc allegationem validè confirmatur intentio Domini Actoris.

Sexta decisio in hypothesi huc non pertinet, cum partes ad arma nunquam venerint. Aut si in thesi vera est, ipsum Dominum Reum oppugnat, qui non debuit occasionem quærere, possessionis, quam ab eo, qui meliori iure nititur, præoccupatam esse sciret, clanculum aut violenter adipiscendæ.

Quod

Quod septimò adfertur de interesse Domini Actoris; eius omnino interfuit, possessionem ab alio non repleri, quam nemini, nisi sibi ipsi, sciret deberi, iuxta tenorem fideicommissi proauiti: ibi **Sollen die Güter an niemants andern stammen/ vnnd Erben/** & *Menoch.* loco ab illis allegato (*nimirum remed. 4. adipisc. possess. nu. 561.* agit de illo contradictore, qui titulum non habet: qui casus noster non est.

Octaua ratio, quod possessionē propria authoritate occupantes pro suo tantum iure, si quod habeant, possessionem inuasisse, non verò alienam possessionem deprædatos esse, conijciendum sit: concedi potest. Nam Dominus Actor pro suo iure possessionem suam occupauit. Quod est autem ius illud? præter alia successio ex fideicommisso proauito: & sic scelus omne & crimen, quod Consulentes vano timore timent, ab Actore excluditur atque remouetur, *l. meritò, ff pro soc. Stephan. Bertrand. consil. 287. num. 3. vol. 4.* Atque in hunc vsque locum generalia, aut verius ad rem minimè pertinentia, per octo decisiones attulerunt: iam cum ipsis magis ad speciē eamus.

A ratione igitur nonâ vsque ad decimam octauam nihil fermè aliud habent, quam regulam, quod fideicommissarius propriâ authoritate fideicommissi possessionē ingredi nequeat. Vnde vnica responsione omnibus satisfieri posset: quod nos concedamus regulam: sed quæ plures admittat limitationes: maximè illam, vbi versamur in casu, quo fideicommissum semel vel sæpius de successore in successorem transiuit, *vide paullò ante dict. num. 284.* Sed vt nihil intactum relinquamus, in specie ad singula pauca adferemus.

Ergò quando nonò dicunt, fideicommissariū nō posse autoritate propria possessionem ingredi, nisi testator ipsi hanc facultatem dederit, vel hæres ei facto aut verbo hæreditatem restituerit, respondemus, præter hos duos casus fallentiales dari etiam illum, quem iam insinuauimus, & qui in præsenti lite certissimè militat: adeò vt opus non sit de alijs multa disputare.

334 Quando decimò aiunt, hanc decisionem, quod fideicommissarius propria authoritate vacuam possessionem nequeat possidere, probatam quoque iure canonico: falsum esse hoc effatum multorum iudicio comprobatur, *vti videre est apud*
335 *Achil. Personal. in tract. de adipisc. possess. num. 404. & alios resp. 1. num. 29. allegat.* per rationem, quod dolo faciat, petens id, quod mox restituturus est, *l. dol. facit, in pr. l. 2. § 5. de dol. mal. & met. except. l. in condemnat. §. fin. de R. Iur. c. dolo facit, de R. I. in 6.* & quod
336 hoc modo circuitus euitentur, quos iura canonica vehementer auersantur, vtpote quæ reiectis iuris apicibus atque argutiis, sola æquitate inspecta, causas determināt, *gl. in c. cum dilecti, verb. subtiliter, in fin. extr. de iudic. VVesenb. consil. 10. num. 4.* Et vt maximè decisio Dominorum Consulentium vera esset in primo fideicommissario, indubitatò tamen fallit in vlterioribus, vtpote cum tunc restitutio neque de iure ciuili desideretur, dd. iuribus.

337 Vndecima ratio, quod fideicommissarius etiam vacantem possessionem nequeat apprehendere, in fideicommissario primo procedere aliquatenus videtur: sunt tamen qui pro ea opinione pugnant, quod possit, *Paris. consil. 12. nu. 118. Tiber. Decian. respons. 44. in fin. vol. 3. ex Bartol. ad l. fin. C. de edict. Diu. Hadr. toll. Rub. consil. 43. nu. 3. Achill. Personal. d. tract. n. 404.* Sed dimissa hac opinione, quam hic latius noluimus disputare, illud indubitatum est, regulam hanc non considerari in secundo fideicommissario, & vlterioribus, qui in-
338 distinctè bona vacantia apprehēdere possunt: quemadmodum etiam vnanimiter concludunt Dd. licet fortè talis apprehēsio, à primo fideicommissario facta, non prosit occupanti ad validam possessionē: tamen ad minimum impediat hæredis immissionem, donec de iuribus vtriusq; cognoscatur, *Person. dict. loco numer. 402. & 404.*

Duodecima ratio obtinet solùmodò in fideicōmissario primo, non secūdo aut vlterioribus, *d. l. Sancimus, §. fin. C. ad SCtum. Trebell.* Nam quādoquidē certum est istos propria auctoritate possessionem posse arripere, non opus est alia hæredis restitutione. Eadem responsio datur ad decimam tertiam & quartam rationem: nā iterum intelligendæ sunt de primo duntaxat

taxat fideicommissario, *per omnia iura &*
Dd. à Consulentibus congestos. Et ita verum
est, quod ante scripsimus, in omnibus istis
rationibus, quæ de fideicommissario cu-
mulatæ sunt, nullam esse vim quoad no-
stram hypothesin. Illæ enim loquuntur de
regula: nos versamur in terminis excepti-
onis, quæ manifesto textu è vestigio pro-
bari potest, & consensum habet omnium
omninò Doctorum.

Decima quinta ratio requirit, quod
fideicommissarius certo scire debeat, se
vocatum: & quod etiam ante apprehensi-
onem id clarè possit docere. Sed verius est
338 non requiri tam præcisam certitudinem,
sed sufficere credulitatem, *per tex. in §. adi-*
piscendæ, I. de interdict. vbi dicitur, pro hærede
autem possidere videtur, qui putat se hæredem
esse, idem dicitur in l. pro hærede, ff. de petit. hæ-
redit. nec opus esse probatione tituli, ante-
339 quam cui controuersia moueatur, *l. cogi.*
C. de petit. hæredit. l. vlt. C. de rei vindic. l. 2. ff.
vti possidet. Probatio enim est rei dubiæ &
340 fit iudici, *Math. VVesenb. in paratit. ff. de pro-*
bat. estque textus in l. quingenta, ff. de probatio.
& in l. testium, in prin. ff. de testib. & ideò cõ-
trouersiam præsupponit. Qui verò pro-
priâ authoritate possessionem apprehen-
dit, quomodo sibi ipsi probare debet titu-
lum? cum nemo secum ipse agere censea-
tur, & probatio non nisi inter plures ver-
setur, quod vel communis ratio cuiuis di-
ctat. Quæ ad complendas responsiones
huius obiectionis vlterius faciunt, mutu-
ari possunt *ex respons. 4. numer. 9. cum aliquot*
seqq. & infra suis locis commodius quædã
subnectemus. Quæ item obiter de detra-
ctionibus adijciuntur confutata sunt
resp. 1. nu. 71. cum duobus sequentibus, & resp.
2. num 8.

Decima sextâ ratione adferunt, qui
possessionem, quam vel à lege vel à homi-
ne accipere tenebatur, proprio Marte in-
uadit, is rem omni iure illicitam agit, &
vim facit, *l. extat, ff. quod met. caus.* sibi ipsi vl-
tionem permittit, *l. nullus, C. de iudæ.* furo-
ris audacia ducitur, *l. si quis in tãtam, C. vnd.*
vi; denique ius vel titulum aliquem indi-
gnissimè prætendit, *l. si quis liberum, ff. de*
probation. Verum quid opus tanta eloquẽ-
tia & copia verborum? Dominus Actor
nõ tenebatur ab aliquo alio accipere pos-
sessionem, sed eius initium permissu legis
à se ipso facere poterat, *per sæpè dicta.* itaq;
rem illicitam non egit, multò minus furo-
ris audacia ductus in possessionem per
vim inuolauit; iure suo potius vsus est, sic-
341 que iniuriam nemini fecit, *l. nemo damnũ,*
& l. factum cuique, §. non videtur, ff. de reg. iur.
l. colonus, in fin. ff. de vi & vi armat. l. Gracchus,
C. ad l. Iul. de adult.

In decima septimâ decisione Domi-
no Actori præcipitantia notam iniusti-
tiæ habẽs, & proximè ad dolum accedens
obijcitur. Sed respondetur: nullibi prohi-
bitum esse, immò magis permissum, vt o-
mnes, absque vlla cunctatione, iura sua
prosequantur. Neque præcipitantia hæc
dicitur, sed industria & vigilantia, quæ de-
342 sidiæ opponitur, *text. est in l. fin. ibi: ne indu-*
stria pœnas desidiæ soluat, C. deposit. & iura vi-
gilantibus scripta esse dicuntur, *l. pupillus,*
in fin. ff. quæ in fraud. creditor. text. elegans in l.
quod autem, §. 7. d. tit. vbi is qui sciuit indu-
striam suam alteri nocituram, tamẽ rectè
fecisse dicitur, quod sibi vigilauerit, *l. sum-*
343 *ma cum ratione, in fin. pr. ibi: & licet creditori*
vigilare, ff. de pecul. E contrario iura multis
modis negligentiam & moram non tan-
tùm auersantur, sed & puniunt, *l. non enim*
negligentibus, ff. ex quib. caus. maior. l. pupillus
patri, ibi: sua negligẽtia expensum ferre debẽt,
344 *ff. quæ in fraud. creditor.* & melius est in tem-
pore occurrere & mederi, quam iniuria
accepta vindictam perquirere, *l. liceat, C.*
ad l. Cornel. de Sicar. præstat item iura inta-
345 cta seruare, quam post vulneratam cau-
sam quærere remedium, *l. vlt. C. in quibus*
caus. in integr. restit. non est necessar. in specie
quoniam commodius est & potius possi-
346 dere quam petere, vt dicitur *in §. retinen-*
dæ, I. de interdict. & in l. 1. §. 1. ff. de superfic. re-
ctè suadent, vt pro commodo nostro vi-
347 gilantes aduersarium in possessione præ-
ueniamus, *in d. §. retinendæ, iunct. ijs quæ tra-*
ctat de commodis possessionis Iac. Menoch. libr.
6. de præsumption. præs. 69. per tot. Ex hoc fit,
quod, qua audaciâ præcedenti decisione
vim & furoris audaciam Actori obiece-
runt, eadem hîc iniustitiam, præcipitatio-
nem, & dolum ipsi imputent. Videant
Consulentes quomodo suum Clientem
defendere velint, qui cũ sciret, quod Do-
minus Actor per quinque integras septi-
manas

manas possideret, tamen ipso absente & inscio clam cum vidua trãsegit, clam etiam & per priuatas suggestiones decretum immissionis impetrauit: contra quos actus non paucæ sunt præsumptiones. Actor sanè palàm omnia egit, & in luce versatus est: iudici quoque ad euitandam clandestinitatis suspicionem animum possidendi intimauit: adeò vt gratis allegent *c.1. & ibi Cã. ext. de clandestin. desponsat.*

Circa nonam decisionem scripserunt Domini Consulentes: quod velint magis ad speciem ire: sed mox propositi immemores in generalibus progressi sunt: vt hic locus demonstrat, vbi aiunt: *& hæc in genere præmonuisse oportuit.* Consideremus igitur tandem aliquando specialia, id est, ea, quæ putãt, quod ad præsentem casum spectent.
148 Itaque scribunt decimo octauò, certi iuris esse, heredem testamento scriptum vel voce nuncupatum propriâ auctoritate possessionem licitè & rectè apprehendere: idque ampliant, etiamsi aliquis in re certa heres esset script⁹: aut heres sine parte scriptus iam ante adiisset hereditatem, *decis. 19.*
149 *& 20.* Respondemus: nec ista ad speciem aut casum nostrum pertinere. Nam etsi nõ negemus, quin vera regulariter sit illa propositio, quod tàm vniuersalis, quàm certæ rei heres propriâ auctoritate possessionem ingredi possit: tamen certum est, quod regula ista exaudiri debeat, in casu, quo in huiusmodi bonis heres quis scriptus est, quæ cum effectu apud ipsum manere possunt, & quorum vacua adhuc est possessio. Si enim bona sunt vinculo fideicommissi alligata, sicut ea heres restituere deberet vocato, si eum in possessione præuenisset, *sæpe d. l. fin. §. sed quia nostra maiestas, C. comm. de legat. & fideicomm.* ita sua aut etiam iudicis auctoritate se intrudere in possessionẽ, aut eiicere vocatum non potest, vbi vocatus legitimè præuenit: præuenisse autem Dominum Actorem legitimè *paulò antè & tota quæst. 7.* ostẽdimus: quibus si iungas deducta *in quæst. 6.* quod Reus nec scriptus nec nuncupatus heres sit, adhuc minor argumenti huius erit vis atq; auctoritas.

In ratione vigesimâ ita arguunt: Dominus Actor ex iure & titulo singulari tantum, vtpote propter dotẽ, & bona materna vxoris possessioni incubabat, non ergo impediuit ingressum vniuersalis heredis. Hunc errorem, qui & Dominos Rostochienses, & alios, præcipites egit, refutauimus latè *resp. 4. nu. 9. vers. quod secundum membrum attinet, cum seqq. num. 10. 11. 12. 13. 14. 15. 16. & 17.* vbi ex declaratione Domini Actoris ad iudicem loci statim post mortem nouissimè defuncti Ioannis Georgij transmissa, demonstrauimus, quod Actor disertis verbis contestatus sit, se non propter dotem duntaxat bonaq; materna & paterna Vxoris, sed propterea etiam possessionem apprehẽdisse quod Coniugi ipsius per mortem fratris vniuersalis successio delata sit. Igitur Dominus Actor impleuit totam possessionem, quia eo animo familiam omnem in Castrum Wartenberg transtulit, actusq; possessorios exercuit, quod velit habere totum id, quod Coniugi vniuersaliter fuit delatum: & sic Dominus Reus possessionem effectu iuris repletam, & plenam ingredi amplius non potuit, *iuxta præmissum secundum & quartum.*

Vigesimò secundò aiunt, hisce fundamentis iuridicis Dominus Reus subnixus possessionem propitia iurisprudentia occupauit, & inter cætera etiam Castrum Wartenberg ingressus, adeoque possessor factus est, *tot. titul. ff. & C. de acquir. vel omitt. possess.* Hîc sanè magno metu nos liberant Domini Consulentes; dum profitentur, propter ista fundamenta, quæ nempe per viginti decisiones & vnam hactenus adnumerârũt, Dominum Reum possessionem ingressum esse. Verebamur enim, ne quid aliud subesset, quod nos cogeret stylum vertere, & Domini Rei caussæ in puncto possessionis subscribere. Sed quoniam aliud nihil habent, quam ista fundamenta, nec quid vrgentius sequitur, occurrere licet: quod Domini Rei fundamenta iuridica non sint, & quod inuita iurisprudentiâ possessorem antiquiorem ingressu suo & ausu turbare cœperit *d. præmisso quarto.*

Pergunt vicesimò tertiò dicere, Dominum Reum neque vi, neque clam possessoriam istam rem gessisse, sed palam possessionem arripuisse: cui etiam Dominus Actor neque aduersatus sit, neque restiterit, quin potius consensum coactum præbuerit. Respondetur nos supra ex actis

monuisse, quod post apertum testamentum, & sumptum deliberandi spatium, Reus sub prætextu deliberationis cum Vidua clam transigere, clam etiam & priuatis suggestionibus decretum immissionis extundere à iudice conatus sit: & postea quidem palam erupit, sed sanè respectu possessoris reclamantis violenter, si non
350 vi expulsiua, cum Actor possessione deiici se passus nō sit: certè vi turbatiua & inquietatiua; quæ interdicto retinendæ coërcetur, *iuxta gloss. fin in l. extat. ff. quod met. caus. & Dd. citatos per Iacob. Menoch. in tractat. recuperand. possess. in prælud. num. 38. cum seqq.* Ergo Reus primò per cuniculos & clam egit; dein cum putaret se cum decreto immissionis rem factam habere, vi plenam possessionem irruit, possessoremque iniustè turbauit. At possessor non restitit? violenta & armatâ defensione non restitit: atque eo ipso laudandus: cæterùm iuris via multipliciter restitit: protestando, ad caussę cognitionem prouocando, ab actu immissionis appellando, possessionem quoque suam in hunc vsq; diem animo & corpore retinendo, processum deniq; istum instituendo & prosequendo: vt patet partim ex ipsa rei euidentia, partim ex documentis apud *Libell. D. G. H. I. Ii. Except. O. num. 7. P. nu. 1. & 2.*
351 *Replic. H. R. Cc. num. 1. 2. 3.* Quæ sanè omnia ne coactam quidem voluntatem arguunt: coacta enim voluntas est, quando vi aduersarij compulsiua quis fatigatus tandem sua sponte & ex voluntario mixto cedit, possessione, quæ vis per actionē quod metus caussa purgatur, *tot. tit. ff. & C. quod met. caus. iunct. iis quæ habet Menoch. d. loc. num 41.* Dominus Actor autem, vt est notorium, non cessit, sed legitimis mediis se defendendo in possessione remansit.

Neq; obstat, quod obiiciunt, satis non fuisse protestari, cùm possessio non nisi animo & corpore adquiratur, & non nisi facto possessoribus adimatur: respondemus enim hoc loco nec de adquirenda nec de amittenda seu adimenda possessione disceptari, sed de possessione retinenda: tempore enim quo Reus possessionem ingredi nitebatur, Actor possessionem iam habebat, & contradictionibus suis totus in eo fuit, vt possessionem adquisitam retineret: non vt adquireret, aut alij adimeret. Rece-
352 pti autem iuris est, quamuis possessio corpore & animo adquiratur, *l. 3. in pr. ff. de adquir. vel amitt. possess.* item suo sensu & casu non aliter amittatur, nisi vtrumque in contrarium actum sit, *l. quemadmodum, ff. eodem, latè D. Ant. Fachin. lib. 8. controu. iur. cap.*
353 *21.* veruntamen vel animo solo retinetur, *d. l. 3. §. si seruus quem possidebam, cum §. seq. l. quamuis saltus. ff. de adquir. vel amitt. possess.* cui consequens est, quod protestationes Domini Actoris sufficientes fuerunt ad hoc, vt retineret possessionem, *vt ipsi Rostochiens. decis. 36. vers. quamuis verò, &c. admittunt.* Quanquam hoc loco Actor, non tantum nudis verbis protestatus sit, sed & ipso facto in corporali insistentia in hunc vsq; diem tanquam verus & legitimus possessor perseuerârit, atq; ideo fortiori modo, id est, corpore & animo possessionem retinuerit.

Iam à ratione vicesima quartâ vsque ad tricesimam tertiam actus recensere solent, iisq; possessionem probari magna verborum profluentia asseuerant. Sed vno verbo omnes isti actus vel omninò sunt fictitij, vel certè turbatiui. Actus fictitios vocamus eos, qui frontem agminis tenent: puta actum vrgendi publicationem testamenti, & actum denunciationis Domino Actori de publicando testamento factę, *de quibus decis. 24. & 25.* Etenim quomodo actū possessorium exercere dici potest is, qui nescit, an in testamento sit heres scriptus, & propterea illud publicari petit, vt successor certus appareat? *document. apud Except. sub O. num. 1. in §.* **also gelangt/** *ibi:* **das man deß** *heredis* **für allen dingen möge gewiß sein/ etc.** qui item publicato testamento & postquam ei innotuit se scriptum esse hæredem, de adeundâ hæreditate propter æs alienum deliberandum sibi putauit? *document. apud Libell. lit. E. §.* **Rechenbergischer Herr** *Aduocatus, ibi:* **So wolte die selb** *(Dominus Reus)* **ihr das** *spacium intra decendium deliberandi* **vorbehalten haben/ etc.** Huc pertinent etiam illi actus, quos adferunt *decis. 30. & 31.* de appositione sigillorū, & transactione cum vidua. quia appositio illa fuit facta ante publicationem testamēti, & sic antequam sciret Reus se hæredem esse scriptum, & deliberaret an velit adire hæreditatem, *per iam d.* item non tantum

Reus

Reus, sed & Actor & Vidua sigilla sua apposuerunt: & Actor quidem vt possessor, cum de animo suo possidēdi iudicem iam ante certiorem fecisset; Reus autem & Vidua tantùm pro suo iure, quod nō erat ius possessionis. Negatur ergo quod assumunt Reum in hoc actu & quoad commodum possessionis principalem fuisse personam. Transactio cum Vidua actus possessorius omninò non est, vt vel ipsi Rostochienses fatentur, dum aiunt, possessionem verbis non cedi: & quamuis Vidua post initam transactionem Domino Reo claues & alia ad possessionem necessaria tradiderit, tamen traditio ista traditionem possessionis non operata fuit: quia cùm Vidua iure possessionis claues & alia non habebat, sed tantùm familiaritatis aut retentionis iure, *vt resp.2.num.34.& seq. tractatum est*, certè plus iuris in Dominū Reum transferre tradendo non potuit, *iuxt. regulam vulgatam in l. nemo plus iuris. ff. de regul. iur.* His adde licet actus huc vsq; examinatos à parte rei possidendi cogitatione Dominus Reus exercuisset: quia tamē omnes sunt recentiores Domini Actoris possessione, adhuc possessorij actus non essent, sed turbatiui, sicut reliqui omnes.

Quod enim reliquos actus *decis. 26. 27. 28. 29. & 32.* adductos attinet rectè, & notanter ad nostrū propositum scribunt, Reum post publicatum testamentum eos exercuisse: hinc igitur fit quoniam ante publicationem Dominus Actor ipsis quinque septimanis iam possederat, quod omnes isti actus turbatiui & violenti, non autem possessorij sunt, *iuxta præmiss. quart. hîc, & probata, resp.3.n.43. & seq. resp.4. n.30. & alibi:*
354 non enim potest dari melius & exactius discrimen inter possessorem & turbatorem (qui aliâs quoad exercitationem actuum similes apparent) quam vt distinguamus eos à se inuicem iuxta prioritatem temporis, vt qui prior possidet, is actus verè possessorios exerceat, qui ex post facto possessionem plenam irrumpit, tanquam simia veri possessoris turbatiuos actus exerceat & violentos.

Porrò non tantùm Dominus Actor contra omnes istos actus in genere & in specie protestatus est, *vt patet cum alibi tum maximè ex docum. ad Replic. lit. Cc. nu.1.2.3.* &
355 sic ius suæ possessionis sibi integrum reseruauit, & cōsensum suum ab actibus remouit *c. solicitudinem, in fin. vbi gl. ext. de appellat. Innoc. in c. quæstioni, ext. eod. Fulu. Pacian. lib. 1. de probat. cap. 11. num. 49. & 50. Ioan. Gadd. cons. Marpurg. 32. num. 70. & num. 236. vol. 3.* verum etiam ipsemet ordinarius Magistratus diuersis temporibus, & per plures sententias, quæ in rem iudicatam transierunt, disertè pronunciauit, eiusmodi actus neque Domino Actori damnosos esse, neque Domini Rei commodis cedere debere. Ita clarè scriptum in documento quod ipse Reus *ad Except. sub P. nu. 2. produxit, de dato 22. Martij, anno M. DC. X.* & ita quarta die post factam immissionem: **deß Bescheids das hierzwischen deß Herrn Klegers Gemahlin angegebne Gerechtigkeit vñ Possess/ so wenig als deß Herrn Oheimen zum Nachtheil oder Verfang nichts fürgenommen werde/ ꝛc.** Idem sonat sententia *apud Libell. sub A. & Except. sub S. & similes.* Quid autem & quantum operentur clausulæ, *saluo iure legitimi possessoris*, aut *saluo iure quarumlibet personarum: resp.4. n.31. & 38.* de hac eadem re tractantes ostendimus. Atq; hæ sunt generales & veræ responsiones accommodandæ omnibus rationibus, quæ de prætensis actibus possessoriis tractare videntur: ne sæpius idem repetere necessum sit.

Tricesima tertia & sequens ratio est, quod Reus possessionem suam probauerit per testes, & quod possessionis suæ confirmandæ caussâ immissionem petierit, & impetrauerit, adeoque Prætore auctore possideat. Respondetur, dicta testium sonare in factū, quod nempe viderint Reum actus enumeratos exercentem: non sonare autem in ius, an iustè eos exercuerit. Hoc enim ad iudicem pertinet; qui absq; longiore deliberatione arbitrabitur, actus istos turbatiuè & violenter Reum exercuisse. Decretum Iudicis & immissionem nihil operari circa possessionem Rei ostēdimus *tota quæst. 7.* vbi *(id est num. 276. vers. secunda exceptio)* & illud commentum refutauimus, quod hîc de confirmatione possessionis repetunt. Iudex volebat immittere Reum in possessionem nunquam habitam: non autem habitam possessionem confirmare.

Post hæc blandiuntur sibi, quod Actori certa pecunia sit assignata *decis. 35.* quod Reus eam cum protestatione hactenus soluit, *decis. 36.* quod Actori seuera inhibitio à Iudice facta sit, ne Reum inquietet *decis. 37.* Pecuniæ assignationem (nimirum vt Dominus Reus soluat Domino Actori non annuatim, vt scribunt, sed singulis angariis mille daleros) possessioni Actoris non obesse *resp. 4. num. 36. & seq.* visum. Prudens namque iudex dum cogitabat, si Dominus Actor fructus suâ auctoritate diu-
356 tius percipiat; Reus autem resistat: posse fieri, vt partes tandem aliquando ad arma (quod vt acta docet, aliquoties parum abfuit) veniant, consilium ICti secutus est, & ne partes ad arma & rixam prosilirent vni administrationem totam hac lege concessit, vt alteri pecuniam medietati fructuum respondentem numeraret, *text. insignis in l. si vsusfructus, aliâs l. æquissimum ff. de vsufr.* & id quidem saluo cuiusque iure, vti attestatur *docum. apud Libell. liter. A. in verbis finalibus.* Si saluo cuiusq; iure, ergo saluo etiam iure possidendi, quod Dominus Actor
357 habet. Faciunt quæ de sequestro præsertim necessario in iure leguntur, quod in eum iudex possessionem ablatam à partibus nunquam transferat, nisi expressè constet dimittendæ possessionis caussa sequestrationem factam esse, *l. interesse puto, ff. de adquir. vel amitt. possess. latè Ioan. Coras. lib. 3. Miscell. iur. cap. 2. num. 11. cum multis seqq.* In proposito autem tantum abest vt iudex possessionem à Domino Actore translatam voluerit, vt etiam disertè sua sententia expresserit, neutri ex litigantibus compositionem in suo iure præiudicare debere.

Protestationes, quas Dominus Reus numerationi pecuniæ pro victualibus Domino Actori assignatæ, præmittit, prætensam possessionem ipsius etiam nô iuuant: scitum namque est, protestationem non
358 augere, multò minus de nouo adiicere ius protestanti, *Bartol. ad l. 1. C. de his qui publ. mun. obier. lib. 10. Roman. sing. 159. Paris. cons. 104. num. 10 vol. 3. Francisc. Bursat. cons. 16. num. 86. Tiber. Decian. cons. 19. num. 36. vol. 3. Ioan. Gadd. cons. Marpurg. 32. numer. 282. vol. 3.* sed, vt supra monitum *numer. 355.* ius, quod quis habet, solummodo conseruare. Quoniam igitur hucusque sustinuimus, atque comprobauimus, quod Dominus Reus ius possidendi nô habuerit: certè nec per protestationes istas de nouo illud adquisiuit. Quoad inhibitiones à iudice factas allegât, *docum. G. nu. 1. & 2. apud Exception.* atqui hæc allegatio falsa est; quia *sub lit. G. & lit. G. nu. 1.* continentur duæ confirmationes super bonis Wartenbergensibus: *& lit. G. num. 2.* apud acta omninò non est. Allegant præterea *docum. A. n. 5. docum. Q. & docum. X. apud Duplic.* Sed vt ex datis istorum documentorum, & protestatione Domini Actoris, quâ Replicis apposuit, colligimus, tres istæ inhibitiones emanârût ad simplicem Domini Rei querelam post sententiam *18. Nouemb. anno M. D C. XI.* latam: qua sententia Domino Reo administratio data fuit: vnde inhibitiones istæ plus non operantur, quam vt Actor Reum in administrando non impediat, sed pecunia assignatâ contentus sit. His mandatis & inhibitionibus etsi Actor paruit, vti propter auctoritatem rei iudicatæ debuit, de suo tamê possidendi iure nihil amisit: cum aliud sit administrare, aliud possidere: item aliud consentire, vt alter rem ab altero possessam administret, & aliud vt dimissâ possessione alter possideat. In prius consensit Dominus Actor: in posterius non item.

Quod de vno & altero stubello, & alibi de angulis, quibus Dominus Actor in Castro Wartêberg se contineat, satis acerbè proferunt: cordatum & cæcis affectibus non indulgentem virum nihil mouet.

Transactio enim apud *Dupl. lit. E. nu. 2.* quam allegant, loquitur de duobus conclauibus, quæ Dominus Reus tempore immissionis occupauerat; illis per singularê conuentionem Dominus Reus Domino Actori cessit. Non igitur hoc vult transactio, vt Actor duos stubellos duntaxat habeat: sed vt prêter habitationes satis spatiosas, quas ante tenebat & inhabitabat, etiam hæ duæ ei concederentur, & id quidem cum expressâ clausula: ne vnius vel alterius partis iuribus transactio hæc noceret. Nec
359 est ad effectum possessionis necessum, qui amplas & spatiosas ædes aut palatia inhabitat, vt singula cubicula corpore impleat: sufficit animus habendi totum.

Denique in tricesimâ octauâ & vltimâ decisione, obiiciunt Domino Actori con-

fessio

fessionem propriam, ex eo, quod Dominum Reum possessorem in Wartenberg scriptis ad eum literis vocauit, *vt ex lit. M. nu. 1. cum 10. seqq. apud Duplic. constat:* obiiciunt item illustria testimonia, quibus à Cæsarea Maiestate, Prȩside prouinciȩ, & Iudice loci Dominus Reus bonorum controuersorum dominus & possessor sæpius appellatus fuit, *vti sub liter. H. I. K. cum aliquot seqq. apud Duplic. videre est.* Quod attinet epistolas à Domino Actore ad Dominum Reum perscriptas, & in quarum superscriptione reperiuntur verba: **auff Wartenberg**/ rectè respondit Dominus Actor in protestatione sua cōtra Replicas, animaduertendum esse, qua id ratione factum sit. Postquam enim causa ista semel atque iterum à Iudice audita esset, optimum ei visum est, amicâ illam transactione componere. Id tentatum: & res peracta certis conditionibus, vt Dominus Actor petitionem fideicommissi, acceptâ certȩ pecuniȩ summâ, omitteret, &c. Itaque Dominus Actor rem finitam arbitratus, titulum Domini Rei adiectione Castri Wartenberg auxit. Sed cum deinde Dominus Reus pactas conditiones non impleret, bona vtriusque partis voluntate à transactione illa recessum est. Epistolæ autem allegatȩ omnes & singulæ eo tempore scriptæ sunt, vti data manifestè ostendunt, quo spes fuit transactionem ratam futuram: & postquam ipsa transactio mutuo dissensu destructa est, destructus est etiam titulus ex ea descendens: nec poterit Dominus Reus vllam epistolam ostendere, quam post discessum à transactione Actor ad eum scripserit, titulumque **auff Wartenberg** ei dederit. Igitur confessio Domini Actoris, si quæ fuit, non fuit pura, sed conditionalis seu respectiua, si nimirum capitulis conuentionis & transactionis initæ per omnia satisfiat, quod quia vtriusque partis dissensu factum nō est, res omnis in pristino suo statu permansit, id est, iura, quæ aut Actor, aut Reus ante transactionem habuit, destructa transactione, quasi sopita interim, reuixerūt; *text. apertus in l. si diuersa pars, ibi: causam ex integro agi, C. de transaction.* Tituli
360 aliunde Domino Reo dati, præterquam quod inauditum sit, eos aut dominium aut possessionem dare, sunt etiam res actæ 362
inter alios, quorum intitulatio possessioni Domini Actoris præiudicare non potuit, *titul. C. res int. al. act.* Et sunt forsan assumpti pro more ex subscriptionibus supplicationum; neque concernunt causam possessoriam in lite iam versantem: sed in aliis negotiis literæ illæ emanârunt: nec à iudicibus huius caussæ: & procurati sunt ab ipso Reo, & quod potissimum est lite iam pendente. Præfectus Regius in Ducatu magnæ Glogouiæ titulum sæpe dictum Domino Reo aliquoties tribuit: sed factum quoque id eo tempore, quo lis per transactionem sopita putabatur. Postea cùm conuentio illa rescinderetur Dominus Actor contra intitulationem eiusmodi protestatus est, & eo ipso obtinuit; vt ab eo vsq; tempore in hunc diem titulus **auff Wartenberg** in cancellaria omittatur, *quemadmodum patet ex docum. apud Replic. sub lit. F.*

Hæc sunt, quibus caussam possessoriam Domini Rei ornare atque constabilire voluerunt: quæ cùm ad rem nihil faciant, nō opus est, vt septendecim illas subsumptiones seu comparationes, ex præmissis refutatis extructas, amplius refutemus, *arg. eorum quæ habet Nicol. Euerh. iun. in Top. loc. à destruct. anteced. ad destruct. conseq.* non opus etiam, vt rationes illas, quas pro nostrâ sententiâ initio capitis huius proposuerunt, defendamus, quia vel nostræ nō sunt, vel si quæ sunt nostræ, ex indubitatis iuris principiis iam supra sunt defensæ.

Quæstio IX.

Quomodo in hac lite sit pronunciandum: & an non tantùm in possessorio, verùm etiam in petitorio pronunciandum sit.

Argumentum.

Tam in possessorio, quàm in petitorio pro Domino Actore pronunciandum esse: & quidem, propter exhaustas vires petitorij, vnâ sententiâ.

Hæc quæstio prolixam disputationem non requirit: sed ex superioribus decisionibus nullo negotio expediri potest.

Et quidem quod possessorium attinet:

quandoquidem proximâ superiore quæstione demonstrauimus, quod Dominus Actor verus, antiquior, & iustus, tam respectu ipsius possessionis, quàm respectu tituli ex fideicommisso proauito clarissimè descendentis, possessor sit: è contrario autem Dominus Reus, vtpote posterior, violẽtus sit turbator, quem nec decretum judicis, nec tituli imaginarij iuuant: consequitur vtique, pro Domino Actore pronunciandum esse; vt nimirum in legitima sua & antiquiori possessione defendatur, & vt Dominus Reus tanquam turbator, non attenta illegitima, & nulla iudicis immissione, à bonis abstineat, atque turbare amplius inhibeatur; cum omnibus clausulis, adiectionibus, & causis, quæ in libello & alibi in actis solemniter petitæ sunt, & quas natura intentatæ actionis requirit. Vbi monendum cẽsemus: si (quod non existimamus) dubium aliquod de singularum rerum apprehẽsione per Dominum Actorem sufficienter facta Iudicanti occurrat: id remedium adipiscendæ euentualiter cumulatum euellere ipsi eatenus debeat, vt & non apprehensarum rerum possessionem Domino Actori de nouo adiudicet, & Dominum Reum possessionem, si quam habet, ei cedere iubeat, *videantur omninò dicta resp. 2. nu. 38. cum aliquot seqq.* 363

Quoad petitorium: quoniam bona controuersa ex natura sua fœminarum successionem non respuunt, cum nec feudalia sint, nec familiæ priuilegio, rectè intellecto, vel certè per priuilegium superueniens circa præsentem materiam abrogato ad masculos, præsertim quoad causam testati, alligata: quoniã item testamento Ioãnis Equitis aurati fideicõmissum agnationis perpetuò conseruatiuum non continetur: & testamentum nouissimè defuncti Ioannis Georgii non tantùm in forma, sed & in materia, dum de bonis vinculatis contra voluntatem maiorum disponit, nullius momenti est: & sic prætensi tituli à Domino Reo in nihilum abeunt: Ex diuerso quoniam Dominus Actor in fideicommisso proauito fundatus omninò est: iterum consequitur, pro Actore etiam in hoc iudicio pronunciandum esse, quod nimirum eius Coniunx ex fideicommisso proauito bonorum controuersorum hæres sit, hacq́ue fideicommissaria hęreditate Dominus Reus recedere, eamq́ue Actori restituere debeat: cum omnibus rursus clausulis, adiectionibus, & causis, quas Actor hinc inde in actis solemniter petiuit, & quas natura iudicij postulat.

Aiunt Domini Rostochienses in fine sui responsi, etiamsi nos, & amplissima Facultas Ienensis pro Domino Actore responsa & sententias dederimus: tamen, si vel pondere vel numero certes, Dominũ Reum superiorem futurum.

De pondere responsorum iudicium ipsis non relinquimus: sed Iudex expendet, vtra pars fundamenta Actorum, morum & statutorum Prouinciæ Glogouiẽses, iurisq́ue communis atque scripti, atq; adeò veritatem & iustitiam ob oculos melius habuerit.

Quod numerum attinet, etsi de eo nõ magnoperè laboremus, tamen & ille nobis suffragatur: nam quod nos respondimus, sensit in effectu ante paucos annos *Augustis. Consiliũ appellationum Sacræ Cæsareæ Maiest. iux. doc. apud Replic. li. P.* sentiunt idẽ quinque famosissimę Facultates, vt *Coloniensis, Friburgensis Brisgoiæ, Tubingensis, Ienẽsis, & Herbipolensis*, quæ responsis nostris ad instantiam Domini Actoris subscripserunt. Habemus præterea apud Acta in originali consilium clarissimi Collegij *Francofortẽsis ad Oderam*, quod Dominus Actor itidem bona fide pro se impetrauit. Denique legimus celeberrimi ICti. *Mathæi Cunonis* respõsum fusum & elegans, atq; nobiscum pulchre concordans: item responsum *anonymi cuiusdam Iurisconsulti*, quem ipsemet Dominus Reus consuluit: sed veritas & iustitia tam altas radices apud cordatum illum virum egerunt, vt contra votum petentis pro Domino Actore responderit.

Hæc tam luculenta veritatis testimonia numerum eorum, qui Domino Reo fauent, omninò vincit. Nam præter clarissimos Dominos *Rostochienses, & Lipsienses*, quibus duobus responsis satisfecimus, tria etiam alia amplissima Collegia, *VVittebergense, Marpurgense, & Altorphinum*, numerant: sed & horum Collegiorum sententias, si quis ad normam verorum Acto-

rum

rũ expendat, facilè comperiet, quod in facto nõ rectè informata, de iure respõdere rectè non potuerint: non quidem ipsorũ vitio, sed fortè vitio informantis.

Reliquũ esset, vt tractaremus id, quod posterior quæstionis pars continet, *an nimirum Iudex possessorium & petitorium vnâ sententia terminare possit ac debeat?* Verùm quoniam, vt inaudimus, causam & litem istam Inuictissimi Imperatoris nostri Augustissimum Consilium definiet: nostrum non est integerrimo Tribunali quidquam præscribere: arbitramur tamen, cum videamus omnes petitorij vires iam esse exhaustas, & impossibile propemodum esse, vt quid aliud aut noui in petitorio deducatur, consultissimum esse, vt quia hodiè constat, hodie lis tota, quoad vtrumque iudicium à summo Principis Consistorio definitiuè perimatur. Præiudicium insigne legimus *apud Ioach. Mynsing. obseruatiõ. 93. cent. 6.* vbi ita ait: *In ardua quadam caussa, cum adhuc in Camera Imp. Assessoris munere fungerer, dubitatum fuisse memini, cum ab Actore solum possessorium iudicium fuisset intentatum, probationes verò tam in possessorio quã petitorio receptæ, an super vtroque iudicio pronunciari posset? & post longam disputationem decisum fuit, quod sic*, &c. Et hæc responso Rostochiensi opponenda esse existimauimus.

LECTORI.

Amplißimarum quinque Facultatum, quæ sequuntur, subscriptiones, ad tria priora duntaxat responsa pertinent: ad quartum & quintum non item. Non quidem propterea, quod hæc subscriptione sua approbare noluerint; sed quod illa illustris Dominus Actor ipsis tantum transmiserit. Neque putabat operæ precium etiam ista transmittere: partim, quia nondum conscripta erant: partim, & ob id quidem maximè, quia nouam decisionem non continent, sed priores adeoque subscriptas & approbatas decisiones solummodò corroborant, & primo aspectu contraria refellunt. Quod ideò monendum fuit, ne quarti & quinti responsi fides quibusdam, qui rem pedibus trahunt, suspecta videri posset.

SVBSCRIPTIO IVRIS CONSVLTORVM ACADEMIAE COLONIENSIS.

EA, quæ in supra impressis tribus responsis per trigintaocto folia integra, & vnã propemodum columnam comprehenduntur, ac per Venerandum Collegium Facultatum vtriusque Iuris in inclyta & alma Vniuersitate Ingolstadiensi ad vtrumq; punctum Possessorij & Petitorij successiuè tum ad informationẽ siue facti speciem per Illust. & Generos. D. Cõsulentem Baronem à Sprinzẽstein, &c. præsuppositam, tum etiã ad exhibitionem & examinationem actorum & productorũ vtriusq; partis contendentis, satis neruosè adducta & decisa sunt, iuri, allegatis priuilegijs, testamẽtis, documẽtis, & æquitati conformia, p̃indeq; iuxta supradictas decisiones in omni foro iudicandum & decidendum, & Illust. D. Consulentem in bonis controuersis manu tenendũ, vel quatenus opus, immittendum, & vlterius in Petitorio cognoscendum esse, pro vt per bene memoratum Collegium responsum & definitum, existimamus, post diligentem præhabitam examinationem & consultationem: Nos Decanus, & cæteri Doctores & Professores Collegij Facultatum vtriusque Iuris in Academia Coloniensi ad Rhenum meliori cuiuscunq; calculo saluo, &c. In cuius rei veritatem præsens votum nostrarum Facultatum sigillo maiori communiuimus: Actum & conclusum in consilio Collegij nostri die Mercurij 27. mensis Nouembris, Anno post Christum natum M.DC.XIII.

SVBSCRIPTIO IVRIS CONSVLTORVM ACADEMIAE FRIBVRGENSIS.

NOs Decanus & Doctores Collegij Iuris, in Archiducali Friburgensiũ Academia, Responsa hæc tria ab inclyta Facultate Iuridica almæ Vniuersitatis Ingolstadiensis data, atque pro censura nobis exhibita ac transmissa diligenter perlegimus, ponderauimus, & examinauimus, eaque (supposita facti veritate) iuri

iuri, rationi & æquitati, consentanea obseruauimus: ideoque nostro suffragio adprobamus, confirmamus & laudamus. In huius fidem Facultatis nostræ sigillum apprimi curauimus. Actum in nostro Senatu ibidem vltimo Octobris Anno M. DC. XIII.

SVBSCRIPTIO IVRISCONSVLTORVM ACADEMIAE TVBINGENSIS.

Nos Decanus & Doctores Collegij Iuridici in Academia Tubingensi, præmissa consilia ab Inclyta & laudatissima Facultate Iuridica Vniuersitatis Ingolstadiensis composita, collegialiter legimus, & accuratè perpendimus, eaque accurato & exquisito iudicio ad normam Iuris vtriusque & æquitatis, circa omnes & singulas decisiones, extracta & elaborata esse, vnanimi sententia iudicauimus: Quam etiam ob causam subscriptione nostra cōprobare, nulli dubitauimus. In cuius rei fidem Sigillum Facultatis nostræ imprimi fecimus. Actum in Collegio nostro Tubingæ 17. Octobris, Anno Christi, supra Millesimum, sexcentesimum, decimo tertio.

SVBSCRIPTIONES IVRISCONSVLTORVM ACADEMIAE IENENSIS.

I.

Lectis collegialiter ac diligenter perpensis, nec non examinatis iuribus & rationibus, quę in duabus quæstionibus, vna Possessorium, altera Petitorium concernente, respectu quorundam bonorum fideicommissi onere grauatorum, in causa Illustris & Generosissimi Domini, Domini Ioannis Ernesti Baronis de Sprinzenstein in Neuhaus & Wartemberg, &c. & Strenui Domini Melchioris de Rechenherg, per Amplissimū Iurisconsf. ordinem in alma Vniuersitate Ingolstadiana supra latè deducta & conclusa sunt: Nos Ordinarius, Decanus, Senior, & reliqui Doctores ac Professores Facultatis Iuridicæ in Academia Salana, præmissa matura & diligenti consideratione, non saltem ob petitionem dicti Generosissimi Domini Baronis, verum etiam & potissimum, vt veritatis & iustitiæ ratio habeatur, consilium Facultatis Iuridicæ Ingolstadianæ, in vtraque quæstione approbamus: non dubitantes, quin rectè ibi conclusum & decisum sit, ac illas decisiones iuri & ęquitati consentaneas esse iudicamus & testamur. In cuius rei testimonium Actuarium Facultatis nostræ Sigillum imprimere iussimus. Datum Ienæ XXVII. Martij Anno M. DC. XIII.

II.

Quādoquidem in causa, de fideicommisso quodam cōtrouersa, inter illustrem Dominum, Dominum Ioannem Ernestum Baronem de Sprinzenstein in Neuhaus & Wartemberg Curatorem Coniugis suæ Dominæ Helenæ actorem, & Strenuum Dominum Melchiorem de Rechenberg reum, tres præcipuas obiectiones & dubia, celeberrima Facultas Iuridica inclytæ Academiæ Ingolstadianę superius assignauit, & ad eas nostro iudicio neruosè & rectè respondit, nec non remedia, quibus Dominus Baro vti possit secundū Iuris normam & formam accuratè monstrauit, prout omnia in Collegio nostro summa cum diligentia, perlustrauimus ac ponderauimus. Idcirco Nos Ordinarius, Decanus, Senior, & cæteri Doctores Collegij Iurisconsultorum Academiæ Ienensis huic quoq; secundæ consultationi rogati subscripsimus, certò statuentes, per inclytum ordinem Iurisconsultorum Academiæ Ingolstadianę adducta esse iuri cōformia, eaque in iudicando & decidenda hac controuersia, siue lite mota, obseruari debere.

In fidem autem huius nostræ Approbationis subscriptionem per Facultatis nostræ Notarium annecti eamque sigillo Collegij nostri corroborari fecimus, Actū Ienæ 27, Martij Anno M.DC.XIII.

III.

Merita causæ & exceptiones iudicialiter in excelso tribunali Ducatus Glogouiensis productas, quatenus ea omnia in

causa

causa Illustris & Generosissimi Domini, Domini Ioannis Ernesti Baronis de Sprinzenstein in Neuhaus & Wartemberg, &c. Actoris nomine Vxoris suæ Dominæ Helenæ, contra Strenuum Dominum Melchiorem de Rechenberg, reum, amplissimus ordo Iurisconsultorum celeberrimæ Vniuersitatis Ingolstadianæ superius consignauit: iura quoque, rationes, allegationes, & decisiones annexas in Senatu nostro: Nos Ordinarius, Decanus, Senior, & reliqui Doctores ac Professores, Facultatis Iuridicæ Academiæ Ienensis legimus, debitaque diligentia perpendimus: ac non salcem satis superque rei exceptiones refutatas esse, verum etiam tam in Possessorio quam in Petitorio iudicio, sicut dicto inclyto Senatui Iurisconsultorum Academiæ Ingolstadianæ in hac tertia consultatione visum fuit, meritò pronunciari profitemur & attestamur. Et quo minus de hac nostra sententia dubitetur, vt hæc per Actuarium nostrum scriberentur, & subscriptio per Collegij nostri Sigillum muniretur, curauimus. Saluo aliorum melius & rectius sentientium iudicio. Signatum Ienæ 27. Martij Anno M. DC. XIII.

SVBSCRIPTIO IVRISCONSVLTORVM ACADEMIAE HERBIPOLENSIS.

GENEROSVS Dominus Ioannes Ernestus Baro de Sprinzenstein, nobis infra scriptis perlegẽda trãsmisit tria inclytæ Facultatis Iuridicæ in alma Vniuersitate Ingolstadiensi Consilia, petiitque, vt eadem: si viderentur nobis iuri, æquitatique consona: nostro etiam calculo, sine tamen vlteriori Iurium deductione firmaremus. Tam iusto desiderio morem gerentes, dicta consilia doctè, solidè, neruosè scripta perlegimus, rationes, argumentaq; ponderauimus, & quantum per temporis, quo circumscribebamur, angustiam licuit, ea, quæ officio nostro incumbebant, præstitimus. Reperimus autem ex duobus prioribus responsis controuersiam ortam ex testamẽto, quod Dominus Ioannes de Rechenberg condidit, in quo contra proauitam dispositionẽ Domini Georgij de Rechenberg, bona Wartenbergica, & alia, Domino Melchiori de Rechenberg, reliquit: sorore, eadem vxore Domini Baronis de Sprinzenstein, cui iuxta proauitum testamentum bona debebantur: nisi quod 3000. thalerorum legauerit: penitus exclusa. Cũ autem Dominus Baro de Sprinzenstein curatorio nomine bona & eorum possessionem occupasset, dictus Dominus Melchior immissionem vigore conditi testamenti, ex l. fin. C. de edict. D. Hadrian. toll. impetrauit; contra immissionem obiectũ fuit, testamentum habere vitium visibile, quod duo testes non sigillauerint: item quod nullus testiũ adscripserit, cuiusnam testamento subscriberet, aut sigillaret. Insuper etiamsi testamentum visibili vitio careret, tamen adhuc per liquidas rationes demonstratum, immissionem, quod Dominus Baro legitimus existeret contradictor, fieri non posse. Quandoquidem vt apparet, cardo negotij in eo versatur, an immissio ex l. fin. fieri potuerit? Nos ea quę in responsis asseruntur, præsupponentes, non dubitamus in prima quæstione DD. Ingolstadiensium decisioni subscribere. Multò minor difficultas est in Petitorio modo illa, quæ in facto consistunt, & tanquam indubitata allegantur, ita se habeãt. In consilio tertio semel decisa repetuntur insuper processus iudiciarius, & ab vtraq; parte allegata causæ merita, discutiuntur, quorum intuitu, non est quod à semel recepta opinione secedamus, sed iure meritò eandem & nos sententiam amplectimur, atq; si id à nobis petatur, per iurium deductiones parati sumus demonstrare.

Actum in Collegio nostro Herbipoli 28. Octobr. Anno à Christo nato M. DC. XIII.

INDEX COPIOSVS INSIGNIVM RERVM QVÆ HISCE RESPONSIS CONTINENTVR.

A.

Abundans cautela nec prodest nec nocet. resp.3.n.193
Abundans numerus testium testamento adhibitus vt non ꝓdest ita non nocet. resp.1.n.16
Abundans probatio nunquam nocet, sed intentionem probantis magis elucidat. resp.5.n.305
Actus agentium vltra intentionem eorum non extendendi. resp.1.n.20
Actus si duobus modis agi potuit, in dubio eo modo creditur actum, quo est vtilius. resp.1.n.60
Actiones duæ ad eundem finem tendentes intentari simul possunt: quoties actor probabiliter dubitat de genere actionis. resp.2.n.43
Ad actus validitatem tria requiruntur, potestas, voluntas, & modus. resp.2.n.44. item resp.3.n.180
Actus præsertim à Iudice gestus bonus præsumitur. resp.3.n.2
Actus probant possessionem, si nemo alius possidet, aliâs sunt meræ turbationes. resp.3.n.44
Actum sciens, & non contradicens ei, pro consentiente habetur. resp.3.n.101
Ex actu, etiam nullo, intentio & voluntas agentis colligitur. resp.3.n.189
Actum faciens secundum ius commune, quem facere poterat ex priuilegio, ad ius commune rediisse, & priuilegio suo renunciasse censetur. resp.5.num.86
Actum approbans tanquam talem, cum non sit talis, reprobare eo ipso intelligitur. resp.5.n.219
Absurditas in omni dispositione vitanda. resp.5.nu.144
Accidens sine subiecto non subsistit, nec potest probari qualitas nisi prius probata substantia. resp.5.n.177
Adiectio inutilis non vitiat scripturas: nec vtilis declaratio per inutilem causæ adiectionem tollitur. resp.4.n.15
Aduersatiua, oder/ aut, nota est vulgaris substitutionis. resp.5 n.161
Affirmanti incumbit probatio. resp.5.n.191.&n.230
Alienationis verbo etiam illa plerumque venit, quæ fit per vltimas voluntates. resp.1.n.38. item resp.3.n.132
Alienationis prohibitio quando simpliciter est facta, an & hæredis institutio prohibita intelligitur. resp.1.n.44
Alienationis prohibitio est duplex, expressa & tacita. resp.1.& n.67
Alienatio si permittitur in casibus vtilitatis, & necessitatis duntaxat, regula concipitur negatiuè: rem alienare permissum non esse: & deinde per modum fallentiæ additur: nisi in casu necessitatis aut vtilitatis. resp.5.n.51. exempla in rebus ecclesiasticis.num.52. rebus minorum, fundo dotali, &c. n.53. ibid.
Alienationis prohibitio in testamento facta per se sola, vtpote nudum præceptum, nihil facit, sed sperni ab hæredibus potest. resp.5.n.152. sed si vestitur causa: puta testator subiecit rationem: quia vult vt bona in familia conseruentur: tacitum fideicommissum iuris interpretatione ex ea resultat. ibid.n.153. & quæ sit ratio. ibid.n.154
Animus difficulter probatur. resp.3.n.27.p.89. quæ in animo cuiusq; consistunt, statur dicto declarãtis se, & potestantis. resp.3.n.28.& n.31. resp.4.n.11. resp.5.n.320
Animus talis præsumitur, qualia sunt verba, aut facta. resp.3.n.29
Antecedente destructo, & consequens destrui necesse est. resp.4.n.19
Antonij Fabri definitio laudatur, qua negat extensionem fideicommissi, etiam in fauorem agnationis instituti, de persona in personam. resp.5.n.180
Andreę Alciati doctrina notabilis in l. inter stuprum ff. de verb. sign. resp.5.n.202
Apices iuris Canonica iura non aduertunt. resp.5.n.336
Argumentum à notatione in iure probabile est & verisimile. resp.5.n.25
Argumento à ratione ordinis etiamsi nõnunquam vtamur, plerumque tamen infirmum & fallax est. resp.5.n.44.& 46
Augustinus Beroius explicatur in cons.98.num.9. & 10.vol.2. resp.5.n.290.& n.333

B.

Bona fideicommisso subiecta alienari nequeunt, nec contractu inter viuos, nec per vltimam voluntatem. resp.1.n.51. resp.5.n.157.& 204
Bona in dubio censentur libera, non vinculo fideicommissi alligata. resp.1.n.152
Bonorum possessio simplici declaratione apud iudicem rectè ignoscitur: nec opus vllum titulum aut edicti caput, ex quo quis succedere velit exprimere. resp.3.n.31. resp.4.n.14
In Bonis dignitatem annexam habentibus, etiamsi allodialia sint, fœminæ, extantibus masculis, secundum quorundam opinionem nõ succedunt. resp.5.n.195. declaratur. n.200

C.

Causa impulsiua non disponit. resp.5.n.167

Cessante caussa cessat effectus. resp.3.nu.111. resp.5. n.224
Citatio omnium actionum instituendarum principium est. resp.5. nu.263. & speciem naturalis defensionis continet, ac proinde nemini deneganda. n.264.ibid. ne diabolo quidem si foret in iudicio. n.265.ibid.
Citandi regulariter omnes sunt, quorum interesse vertitur. resp.5. n.272
Citatione opus non est, vbi sua auctoritate possessionem quis ingredi potest. resp.5.n.273. declaratur. n.274.& seq.
Citatio non est necessaria, quando iudex aliquem mittit interim, & pro suo iure in possessionem, & aduersarij iuribus nihil detrahit. resp.5.n.229
Clausulæ codicillaris vis. resp.1.n.45. resp.5.n.242
Clausulæ pœnalis testamēto adiecta vis. resp 5.n.181
Clausula saluo iure legitimi possessoris, vel saluo iure quarumlibet personarum quid operetur. resp. 4.n.10
Clausulæ, saluo iure tertij, vis est, vt cuiusq; ius conseruet integrum atq; illæsum. resp.5. n.49.& 92
Clausula, non obstante, rescripto adiecta quid operetur. resp.5. n.91
Clausula, in quātum de iure, reddit actum conditionalem, & eius validitatem dependere facit à futuro euentu. resp.5.n.222
Clausula, omni meliori modo, duobus casibus operatur circa sustentationem testamenti, aliâs conseruat voluntatem defuncti, tanquam ex codicillis, aut donatione mortis causa. resp.5.n.343
Conditionem sufficit semel implere, nec attenditur quid postea eueniat. resp.1.n.41
Conditio non disponit, sed dispositum, vel disponendum in euentum futuri casus differt. resp.5. n.43
Consuetudo optima legum & statutorum interpres. resp.1. n.59. resp.2.n.54
Consuetudo difficilis est probationis. resp.5. n.207. quę probatio ab allegante fieri debet. resp.5.n.218
Ad consuetudinem requiritur constans & vnanimis populi consensus. resp.5.n.226
Confessio iudicialis vincit omne genus probationis. resp.3. n.88. & resp.5. n.3.& 4
Confirmari non potest, quod non est. resp.2.n.69. resp.3. n.121
Confirmatio licet ius nouum non tribuat, tamen veteraiura conseruat: non autem auget aut ampliat. resp.3.n.112.& 113. resp.3.n.89
Confirmationes priuilegiorum nihil operantur, vbi inutile est confirmatum; ideoq; iis plerumq; clausula inseritur, quatenus priuilegiati sunt in possessione priuilegiorum. resp.3.n.119.& 120
Confirmationes priuilegiorum tertio non præiudicant. resp.3. n.122.123.& 124
Confirmatio priuilegij lite pendente nihil operatur. resp.3. n.125
Confirmans actum sub vna qualitate, censetur infirmare sub contraria. resp.1. n.220
Confirmationes actuum, cùm nihil noui dent, & fiant citra cuiusque præiudicium, facile impetrantur. resp.5. n.221
Confirmationes accessoriæ per se subsistere nō possunt, vbi confirmatum principale cessauit. resp.5. num.90
Cognitio causæ citationem, & iudicialem strepitum requirit. resp.5.n.93
Cognitam causam esse allegans, probare id debet. resp.5.n.94
Connexorum & vnionis ea est natura, vt de vnitis & connexis idem sit iudicium. resp.5. n.118
Coniunx coniugi regulariter non succedit. resp.3. n.57
Consensus non ex verbis duntaxat, sed etiam ex facto probatur. resp.3 n.100
Contradictor legitimus excludit remedium l.vlt.C. de edict.D.Hadr.toll. resp.1.n.24. item resp.2.n.1
Contradictor non petit se immitti in possessionem: sed petit vt defendatur in possessione iam ante apprehensa. resp.5. n.294
Copiæ, non producto originali, regulariter nō probant. resp.5. n.119
Creditoribus iure retētionis vti permissum est. resp. 4.n.10

D.

Decretum immissionis in possessionem reuocādum est, quando fit antiquiore possessore non citato & audito. resp.1.n.35. resp.2.n.16. resp.4.n.30 & vigore talis Decreti possessionem ingrediens, dicitur priorem possessorem turbare. resp.1.n.36. resp.2.n. 23. & seqq.
Deliberans animo anceps est, & hinc inde fluctuat. resp.5. n.325
Dissensu mutuo à contractibus abire licet. resp. 2. n.68. resp.3.n.128
Dispositiones omnes ita sunt intelligendæ & interpretandę ne repugnantiā contineant. resp.5.n.59
In dispositione exclusiuā fœminarum, quocunque demùm nomine censeatur, omnia argumenta procedunt, quæ in simili statuto alligari solent. resp.5. n.71
Doctoris auctoritas, nisi rationem & iuris auctoritatem coniunctam habeat, nullius efficacitatis est. resp.5. n.82
Dolo facit qui petit id quod statim restituere debet. resp.1.n.31. resp.2.n.12. resp.5.n.335
Dominium ipso iure interdū transit: possessio nunquam. resp.3.n.63.64.& 65. resp.5.n.227
Ducatus, Comitatus, Baronatus item Castra nobilia præsumuntur in dubio iure allodiali non iure feudi possideri. resp.5.n.28

E.

Exceptione à regula probatâ: regula officium suum perdit. resp.5 n.100
Non Entis nullę sunt qualitates. resp.3.n.175. resp.4. n.56
Error totā quandoq; dispositionē viciat. resp.2.n.59
In Expressis non opus coniectura. resp.1.n.66

F.

Facti quæ sunt probari debent. resp.3. n.103
Facultati & libero arbitrio non præscribitur. resp.3. num.195

Falcidia cessante legatarius propria auctoritate vacantem possessionem legati ingrediens interdicto non tenetur. resp.2. n.11
Familiaritatis iure fundū amici ingrediens non possidet, sed est in possessione: sibiq; ex causa superueniente causam possidendi mutare potest. resp.1.n.4. resp.3.n.12. declaratur ibid.n.61.& 62.resp.4.n.9
In fauorem alicuius introductum non debet in eius odium retorqueri. resp.1.n.62.resp.2.n.93.resp.3.n.99
Fauori pro se introducto renunciare quis potest. resp.1.n.63. resp.2.n.62
Fauorabiliores rei potius quàm Actoris partes habentur. resp.3.n.21
Feudum nouum primus adquirens in praeiudicium agnatorum alienare, vel in manus domini refutare potest. resp.5.n.65. resp.3.n.130
Feudi possessionem ipso iure in successorem continuari nonnulli existimarunt. resp.3.n.14. refellitur ibid.n.66
Feudorum natura statuto aut consuetudine saepe alteratur. resp.3.n.89
Feudum in vna qualitate alteratum, in caeteris non alteratis suam naturam retimet. resp.5. n.17
Feuda regulariter alienari non possunt. resp.5.n.18
In feudali successione masculi foeminis prȩferuntnr: in allodiali pari iure censentur. resp.5.n.19.& n.20
In feudo franco foeminȩ ex communi sententia succedunt:& nonnullis aliis casibus. resp.5.n.22.& 23
Feudum si masculis & foeminis conceditur, iure feudali ea interpretatio adhibetur, vt primitus masculi, & deinde masculis deficientibus foeminae succedant. resp.5. n.193
Fideicommissum propria auctoritate capi non potest, sed ab haerede directo restitui debet, vel re, vel verbis. resp.1. n.6
Fallit vt n.7.& 8
Fideicommissum ex aequitate canonica transit absque restitutione directi haeredis. resp.1. num.29. resp.5. n.334
Fideicommissi verba vbi desunt, non potest ex sola voluntatis coniectura illud induci. resp.1. n.41
Fideicommissum, natis semel liberis, non censetur in vlteriores gradus repetitum, resp.1.n.42. declaratur ibid.n.65
Fideicommisso grauatus Trebellianicam deducere potest. resp.1.n.46
Fideicommisso grauatus, etsi vocatum suo testamēto instituit, succedit tamen vocatus ex testamento grauantis & non grauati. resp.1.n.53
Fideicommissum etiam graduale vnius tātum quartae deductionem patitur. resp.1.n.71
Fideicommissi restitutio legalis trāsfert dominium, non possessionem: perinde vt in legato. resp.2.n.9
Fideicommissa vbi constituuntur omnis alienatio censetur prohibita. resp 3.n.136
Fideicommissum in dubio dicimus non extare. resp.3.n.143
Ex fideicommisso potest filiabus dos constitui. resp.3. n.149
Fideicōmissum inducitur per verba, ne bona ad extraneos deveniant. resp.3.n.154. Idem de verbis, Volo, mando, iubeo, vt veniant ad fratres, & eorum liberos. n.155. Idem quando apparet ex dispositione testatoris, cum de familia conseruanda solicitum fuisse. n.156
Fideicommissum nō extenditur de persona ad personam. resp.3.n.166
Fideicommisso si testator bona sua subiecit, & simul etiam alienandi licentiam concessit, tunc fideicōmissum eo tantum casu inductum censetur, quo nulla alienatio per contractum aut vltimam voluntatem à possessore fideicommissi facta est. respon.4.n.49
Fideicōmissa, cum clausula liberae alienationis, possunt alienari in quoscunq;: & si alienatio non est facta, tum demum veniunt ad vocatos. resp.5 n.67. idem de pactis gentilitiis, n.68. & pactis iuratis de non succedendo. n.69
In fideicommissorum materia sufficit aduersario dicere: de te non loquitur dispositio: vel non extat fideicommissum. resp.5.n.129
Fideicommissum iniunctum personae magis dilectȩ, in minus dilecta repetitū prȩsumitur. resp.5.n.150
Fideicommissa etiam propter conseruationē familiae inducta non extenduntur de persona ad personam. resp.5.n.146. maximè si ratio ista adstricta est ad certum actum. n.165. aut non dispositiuè, sed enunciatiuè duntaxat posita. n.166
Vt fideicommissi onus inductum censeatur necesse est, vt colligatur ex his, quae in testamento disposita sunt: non ex his quae extrinsecus adsumuntur. resp.5.n.175
Fideicommissa familiae an sint fauorabilia, an vero odiosa anceps quaestio. resp.5. n.178
Fideicommisso grauato non est adempta testandi facultas, potest enim testari de bonis propriis, si quae habet. resp.5.nu.189. vel si nulla habet, non deficit ei ius, sed materia. n.190
Fideicommissa ob familiae conseruationem nō sunt somnianda, aut multiplicanda. resp.5. n.192
Fideicommisso successiuo inter plures instituto omnes censentur vocati. resp.5.n.206
In fideicommissis succeditur testatori, non vltimo possessori. resp.5.n.296
Fideicommissarius vt sit legitimus cōtradictor duo requiruntur, vt possideat sine vitio, & vt in continenti de iure suo docere paratus sit. resp.1.n.3.& n.25. resp.2.n.2. resp.5.n.282
Fideicommissarius, quātumuis possideat, legitimus contradictor non est, si heres scriptus habet ius detrahendi Trebellianicam. resp.1. n.10
Fideicommissarius tum demum cum vitio, quod ipsum à iure legitimi contradictoris, possidet, si ingressus est haereditatem ab herede occupatam. resp.1. n.32
Fideicommissarij vlteriores restitutione opus non habent, vbi haereditas ad primum fideicommissariū semel deuenit. resp.1.n.23. resp.2.n.7. resp.3.n.51
Fideicommissarius qui habet verbalem aut legalem restitutionem, fideicommissum propria autoritate apprehēdere potest; maximè si fideicommissum nullam detractionem patitur. resp.2.n.6

Fidei-

Fideicommissario possidente iudex non citato, & audito eo, pro herede scripto immissionem decernere non potest. resp.2. n.16
Fideicommissarius habens legalem restitutionem agere potest ex l.vlt.C.de edict.D.Hadr.toll.Idem si habet restitutionem legalem: etiam aduersus heredem possidentem.resp.2.n.39.40.& 41.resp. 3.n.50
Fideicommissarius in necem & præiudicium fideicommissi testari non potest. resp 3.n.191
Fideicommissarius ingredi potest possessionem,etsi sciuit grauatum testamentum fecisse. resp.5.n.286
Fideicommissarius primus ex quorundam sententia possessionem vacantem ingredi potest sua auctoritate: saltem ad effectum impediendi immissionem hæredis scripti. resp.5. n.337
Fidelitas vasallagij est de substantia feudi. resp.5.n.34
Fidelitas non semper iure vasallagij,sed subiectionis iure præstatur. resp.5 n.41
Filias magis dilectas à successione excludens, censetur etiam cæteras fœminas, tanquam minus dilectas,excludere.resp.5.n.143.declaratur. n.146. & n.149
Fœmina in feudis regulariter nō succedit.resp.3.n.79
Fœminæ ad feudum vocatæ non veniunt nisi masculis omnibus extinctis. resp.3.n.179
Fœminæ in allodiis simul cum masculis succedunt. resp.3.n.183
Forma à iure præscripta ad vnguem est seruanda. resp.5.n.215
Früstra exspectatur id cuius euentus nihil operatur. resp.5.n.288
Fundamento diruto, ruunt omnia ipsi super ædificata. resp.3.n.182

G.

Geminationis in iure magna vis est.resp.3.n.11. resp. 5.n.142
Generalis dispositio tantum operatur quod omnia comprehēsa sub genere,quantum specialis comprehensa sub specie. resp.3.n.94
Generi per speciē toto iure derogatur. resp.2.n.47. resp.5.n.98.101.& 102
Generalis & maxime vniuersalis locutio vniuersaliter intelligenda, vt comprehendat sub se omnes species. resp.5.n.50
Guidonis Papæ decis.184. declaratur. resp.5.n.137

H.

Heres ipse suo nomine instituatur,necessum nō est; sufficit si cū demōstratione certa id fiat.resp.1.n.1
Heres producens testamentum visibili vitio non vitiatum, mittendus est in possessionem: aliàs non item. resp.1. n.2
Heres testamento scriptus habet beneficium l.vlt.C. de edict.D.Hadr.toll. fallit duobus maximè casibus:si testamentum habet visibile vitium:& si legitimus adest contradictor. resp.4.n.32
Heres adeundo quasi contrahit cum legatariis,& fideicommissariis. resp 3.n.177
Heres tenetur factū defuncti præstare. resp.2.n.66. resp.3. n.83 & 84.item n.176.& 177.resp.5.n.232
Heres scriptus se immitti petens,debet probare bona à defuncto tēpore mortis detenta.resp.5.n.398
Heres propria auctoritate possessionem hæreditatis ingredi potest. resp.5.n.348.& seq.
Hereditas iacens vicem personæ sustinet,& sui ipsius domina est. resp.3.n.15
Hereditaria vna re apprehensa, totius hereditatis possessio apprehensa non censetur. resp.2. nu.36. quæ opinio sub distinctione procedit,vt num.37. ibidem, vide etiam resp.3.n.17. & n.68
Hereditas quoad dominium, quod iuris est, defunctum repræsentat. resp.5.n.329. quoad possessionem,quę facti est,repræsentatio hęc cessat.n.330. & 331.ibid.
Honoratus testamento grauari potest. resp.5.n.136. 140.& n.205

I.

Iacobus Menoch. declaratur in tract.de adipiscend. possess.remed.4.n.433.resp.5.n.280
Impedimentum non præstat quod de iure non sortitur effectum. resp.5.n.287
Inclusio vnius est exclusio alterius. resp.3. n.141
Iniquum est vni per alterum deteriorem conditionem inferri. resp.1. n.40
Iniuriam non facit qui permissa à iure vtitur potestate. resp.2.n.5
Insinuatio est descriptio & registratio, siue reductio ad acta iudicis facta. resp.5. n.251
Instrumenta sunt stricti iuris, & strictæ interpretationis. resp.3.n.114
Instrumentis pluribus minus solennibus, & in iudicio, aut extra acceptatis, probatur consuetudo, quod possint fieri sine solennitate. resp.5.n.225
Instrumēta vt probent consuetudinem remissarum solennitatum,necesse est,vt venerint in notitiam maioris partis populi & notariorum, & vt eis vi talis consuetudinis & obseruatię populus adquieuerit. resp.5.n.229
Interdictū vti possidetis competit etiam ciuili possessori:& habet hoc casu vim remedij restitutorij. resp.2.n.28. resp.3.n 45. & 46.resp.4. n.28. & 29
Interdictū vti possidetis duo continet extrema: possessionē ex parte actoris, & turbationem ex parte rei conuenti. resp.2. n.32. resp.3.n.22
Interdicto vti possidetis non vincit is, qui vi, clam, aut precario possidet. resp.2.n.33. resp.3. n.35
Interdicta adipiscendæ & retinendæ quomodo cumulari possint. resp 2.n.38.resp.3.n.48
Interdicto vti possidetis,vt quis vincat,necesse est,vt tempore illatæ turbationis & litis inculpatè possideat. resp.3.n.37
In interdicto vti possidetis vincit is qui probat antiquiorem possessionem. resp.3. n 38 idq; procedit etsi vna hora in possessione præcedat, ibidem, n.39. & subiungitur ratio. n.40.41.& 42
Interdicto vti possidetis obtinet, qui possessionem ex sua, & turbationem ex parte aduersa probat. resp.5.n.299. & si vterq; se possidere prætendit, is pręferendus est,qui de antiquiori possessione docuit, ibid n.300. aut si omnia sunt paria, & ignoratur quis prior possessionem ingressus sit, is vincit,qui iustiorem possessionis habet titulum.ibid. n.301

Interdictum ne vis fiat ei qui in possess. datur rei seruandę causa illi, qui seruato iuris ordine in possessionem missus est. resp.3.n.53
Per insistetiam rei cum animo sibi habendi siue possidendi coniunctam sufficienter & legitimè probatur possessio. resp.5.n.302. nec opus vt pręterea actus possessorij probentur: quorum probatio si accedit, non tam sufficienter quàm abundanter probata possessio dicetur. ibid. n.303
Interpretatio quarumcunque dispositionum ea est adhibenda, vt deuitetur contrarietas. resp.4.n.45
Inspiciendum semper id est, quod principaliter agitur, non quod ex euentu contingit. resp.4.n.45
Inuestitus propria auctoritate fundum ingredi potest. resp.3.n.9
Inuestitura prima est basis & fundamentũ omnium sequentium: nec potest ea in præiudicium agnatorum mutari, aut alterari. resp.3.n.80
Inuestitura cum consensu Domini & agnatorũ mutari aut alterari potest, imo feudum in totũ alienari, & adficit hic consensus etiam successores. resp.3.n.85.86.& 87
Inuestituræ simultaneæ iure Saxonico sunt introductæ: & quomodo peti debeant. resp.3.n.90
Inuestiturarum instrumenta sunt stricti iuris & intellectus. resp.3.n.92
Inuestituræ renouatione debito tempore non petita, feudum amittitur. resp.5. n.5
Inuestitura prima præcipuè attendenda. resp.5.n.11
Inuestitura prima mutari non potest: nisi Dominus & agnati consentiant: qui consensus etiam successoribus nocet. resp.5. n.14.& 15
quod quisque Iuris in alium statuit eo & ipse vti debet. resp.3.n.104
quod per Iudicem expediendũ est singulis non conceditur. resp.2.n.14
Iudex nimis facilis in decernendo debet facilis quoque esse in retractando decretum. resp.2.n.19
Iudex inscium & absentem possessione sua priuare non potest. resp.2.n.o. resp.23. n.54
Iudex procedens iuris ordine non seruato agere dicitur vt priuatus. resp.2. n.24
Iudex ne partes ad arma veniant, prudenter facit, si modum præscribit, quo re controuersa interim dum lis pendet, vti debeant. resp.5. n.356
Iudex qui facilis fuit in decernendo, debet etiam esse facilis in retractando ea, quæ præcipiti festinatione decreuit. resp.5.n.270
Pro iudice & eius gestis pręsumitur. resp.5.n.258. nisi iuris ordinem neglexisse apparet. num.259. hac namq; specie vt priuatus agere dicitur, cui impunè resistere licet. n.260.& 261
in Iudicio rationib. non ꝓbris certandũ. resp.4.n.3
Ius suum an ex continenti quis probare possit versatur in arbitrio iudicantis. resp.1. n.26
Iuri publico priuatorum pactis derogari nõ potest. resp.1.n.39
Ius quęsitũ nec princeps auferre alicui potest. resp.2. n.48
Iura posteriora derogant prioribus. resp.2. n.55
Iura iuribus concordanda sunt. resp.3. n.136
Ius publicum pactis priuatorum mutari non potest. resp.5.n.76
Ius sibi indubitàter competens nemo pecunia comparare solet. resp.5. n.106
Ius quæsitum nec princeps auferre alicui potest. d. resp.5.n.110. decretur. n.111.& 112
Iuri communi, aut etiam statutario, vbi viget, in dubio testatores se accommodasse censentur. resp.5. n.182.& n.194
Ius quod quisque in alium statuit, hoc iure vti, ipse quoque debet. resp.5. n.184
Ius commune de bonis allodialibus latum non facit differentiam inter masculos & fœminas in materia successionis. resp.5.n.196. immo differentiam hanc vehementer auersatur. n.159. ibid.
Iure suo vtens nemini facit iniuriam. resp.5. n.341
Iura vigilantibus scripta sunt. resp.5. n.342
Iura negligentiam, & moram non tantum auersantur, sed & puniunt. resp.5.n.342
Iustinianus Imp. præscribendo modum succedendi ab intestato, neglexit rationem ciuilem de nomine & familia: & secundum naturæ ordinem gradus succedendi distinxit. resp.5. n.203

L.

Legis, statuti, aut priuilegij receptio siue vsus non præsumitur, sed probandus est. resp.2.n.61
Leges abrogatas allegans in crimẽ falsi incidit. resp. 3.n.81.
Leges, statuta, priuilegia an recepta sint & in obseruantia, vsus demonstrat. resp.3. n.105
Legem aut statutum induxisse actũ elusorium turpe est dicere. resp 3. n.135
Lege tota non perspecta in ciuile est velle de lege iudicare. resp.3.n.145

M.

Mandasse censetur, qui patitur. resp.3. n.74
Masculorũ appellatione in quauis dispositione fœminas excludente, ij veniunt qui ex masculis, non qui ex fœminis descendunt. resp.3.n.151
Meliorationum nomine habet quis ius retentionis. resp.2.n.13
Meminisse omnium & in nullo penitus errare, diuinitatis est potius quam mortalitatis. resp.4.n.2
Mutatum quod non probatur cur stare negetur. respon.2. n.45
Mutasse voluntatẽ suã nemo præsumitur. ref.2.n.46

N.

Nemo potest plus iuris in alterum transferre quam ipse habeat. resp.3. n.56
Nemo ex eo iuuari debet quod nisus est impugnare. resp.3. n.188
Nostrum quòd est, sine facto nostro auferri nobis non potest. resp.2.n.49
Nullitas cõmittitur si iuris ordo negligitur. r.2.n.18

P.

ex Pacto partium priuata auctoritate possessionem ingredi licet. resp.2. n.15
Possessionis causam nemo sibi mutare potest. resp.1. n.5. ad possessionem adquirẽdam requiritur corpus & animus. resp.1. n.27
Possessionis causã sibi quis mutare potest ex superuenientia nouæ causæ. resp.1. n.28

Posses-

Possessor etiam iniustus citandus est. resp. 2. nu. 21. p. 53. resp. 4. n. 33.
Possessio defuncti prodest heredi. resp. 1. n. 16
Possessor rerum immobilium per insistentiam probatur. resp. 3. n. 23. & 24.
Possessio etiam probatur per actus, vt culturam agrorum, perceptionẽ fructuum, &c. resp. 3. n. 25
Possessio non corpore duntaxat seu insistentia adquiritur, sed vt etiam animus sibi habendi adsit necesse est. resp. 3. n. 26. resp. n. 4. 13.
ad Possessionem fundi adquirendam non est necessum singulas eius glebas circumambulare. resp. 3. num. 49.
in Possessione ciuili quis tutus esse non potest, nisi ipsi restituatur etiã possessio naturalis. resp. 3. n. 58
in Possessione plures possunt esse diuerso respectu & ex diuersis iuribus. resp. 3. nu. 58.
Possessio non apprehensa vsu iuris pro apprehensa habetur, quoties facto & culpa aduersarij apprehendi non potuit. resp. 3. num. 69
Possessio adquiritur non tantum per nosmetipsos, sed etiam per procuratores; item negotiorum gestores, modo postea illorum factum ratum habeamus. resp. 3. num. 75.
Possessionem antiquiorem turbans interdicto vti possidetis, imo etiam iniuriarum tenetur. resp. 4. n. 24. & 25.
Possessor & turbator distinguuntur à se inuicem secundum prioritatem temporis. resp. 4. num. 34.
Possessionis commoda, vt est fructuum perceptio, &c. tum demum possessionem probant, si nemo alius est in possessione. resp. 4. n. 36.
Possessionis commoda solent interdum alicui ad interim attribui, non vt possideat, sed vt maior tumultus deuitetur. resp. 4. n. 37
Possidens prætore auctore iustè possidet. resp. 1. n. 12 resp. 3. n. 1.
Possidente vno, & altero ingrediente possessionem, si prior de possessione non cedit, alter nihil adquirit. resp. 2. num. 23.
Possidere duo in solidum simul & semel non possunt. resp. nu. 23.
Princeps confirmans actum aliquem supplet defectum solemnitatis, formæ, & personæ. resp. 1. n. 18 quod declaratur. ibid. nu. 19.
Priuilegium ob bene merita concessum transit in vim contractus. resp. 2. n. 51. declaratur ibid. n. 67.
Priuilegium continens clausulam annullatiuã, contrauentione aut præscriptione nõ amittitur. resp. 2. n. 52. resp. 3. n. 109.
Priuilegiorum confirmationes nouum ius non tribuunt, antiquum tamen conseruant. resp. 2. n. 53.
Priuilegium non vtendo decem annis amittitur. resp. 2. n. 66.
ad Priuilegii præsumptam renunciationem vnicus contrauentionis actus sufficit. resp. 2. n. 57.
Priuilegium interpretari ita nunquam conuenit, vt noxium impetranti fiat. resp. 2. n. 64
Priuilegium habens speciale in casu, de quo loquitur statutum generale, non comprehenditur sub isto statuto, quantumuis posteriori. resp. 3. n. 95.
Priuilegium nunquam ita interpretandum, vt priuilegiato sit noxium. resp. 3. nu. 98.
Priuilegia non vsu & multo magis contrario vsu amittuntur. resp. 3. n. 106. resp. 4. n. 55
à Priuilegio suo recedere cẽsetur is, qui actum facit secundum ius commune aut statutum, quem facere debebat ex priuilegio. resp. 3. n. 108
Probare in continenti an quis possit versatur in arbitrio iudicantis. resp. 2. n. 3
Probatio quæ fit per instrumenta dicitur fieri in cõtinenti. resp. 2. nu. 4.
Probatio per euidentiam rei & ocularem inspectionem omnium firmissima. resp. 3. n. 30
Probatio quæ fit per instrumenta clarè loquentia dicitur fieri in continenti. resp. 4. n. 20.
quam nec simplex partis aduersæ assertio, & sinistra interpretatio: nec iuris ratio remoratur. n. 21. & 22. ibid.
Prætor consilium mutantis non adspernatur. resp. 4. nu. 1
Prætor quod iussit vetuitque contrario imperio tollere potest. resp. 4. n. 18.
Protestatione iudiciali iura sua quis tuetur & conseruat. resp. 3. n. 185. declaratur n. 180. & seq. resp. 5. nu. 355. & 358
Prohibitum vna via non debet altera permitti. resp. 3. nu. 134.
Prouisio hominis facit cessare prouisionẽ legis. resp. 4. n. 40. quod exẽplis illustratur. n. 41. 42. & 43. ib.

R.

Ratificatio mandato æquiparatur. resp. 3. n. 76
Regula pro quo stat is intentionem fundatam habet. resp. 1. num. 54.
Rei vindicatio datur contra eum, qui dolo desijt possidere. resp. 3. nu. 71.
Relationis ea est natura, vt faciat inesse relatum cũ omnibus suis qualitatibus referenti. resp. 3. n. 144
Remedium legis vlt. C. de edict. D. Had. toll. trahitur etiam ad testamenta nuncupatiua & codicillos. resp. 1. n. 23.
Res quælibet reducenda est ad sua principia. resp. 3. num. 19.
Res alienas inuadere propria auctoritate non licet, siue possideantur ab alio siue non. resp 4. num. 4. imò nec proprias, si alius eas detinet. nu. 5. ibid.
Res propriæ, aut ad quas titulum habemus, si vacat earum possessio, propria auctoritate iustè occupantur. resp. 4. n. 6. In sequestrum præsertim necessarium non transfertur possessio. resp. 5. n. 357

S.

Scienti & consentienti non fit iniuria. resp. 3. n. 82
Sententia lata in possessorio non parit exceptionem rei iudicatæ in petitorio. resp. 1. n. 37.
Soror est de familia & agnatione, sed non conseruãte. resp. 2. nu. 58
Species præcedens restringit genus sequens. resp. 3. num. 115.
Spoliatus ante omnia restituendus. resp. 3. num. 4.
Statuta fœminas excludentia, ob fauorem masculorum, sunt valida. resp. 3. num. 10.
Statuta ita accipienda sunt, vt quam minimum iuri communi derogent. resp. 1. n. 37.

Statuta

Statuta aut consuetudines alicui, qui aliâs iure communi successurus non erat, successionem deferentes, operantur tantum in causa intestati. resp. 3.n.137. idem in materia renunciationum.n.138. idem in successione ex iure communi. n.139.ib.
Superflua non nocent. resp.3.n.34.
Substitutio est secundo aut vlteriore gradu facta institutio. resp.3.n.157
In Substitionum materia supplere non possumus quod testator non dixit. resp.3.n.158
Substitutio directa per aditionem primi hæredis euanescit. resp.3.n.165

T.

Taciti & expressi eadem in iure vis est. resp.3.nu. 146. declaratur n.147.ibid.resp.4.num.52.& 53
Testamentum in scriptis ruit si vel vnus ex testibus illud non signauit. resp.1.nu.14.
Testamentum quemadmodum testes subscribere debeant, traditur pro forma in l.pen. ff. qui testa. fac.poss. resp.1.n.15
ad Testamēti factionem voluntas & modus concurrant necesse est. resp.1.nu.17.
Testamentum, quod non valet vt scriptum, valere ob clausulas ei annexas potest vt nuncupatiuum, item in vim codicillorum. resp.1.n.21.& 22
Testamentum absque institutione hęredis non subsistit: nec fideicom missum relinqui potest, si nemo directè hęres est institutus. res.3.n.169.& 170
Testamentum apud acta nullum omninò testem requirit: requirit autem præsentiam testatoris, resp.3.n.192.& 194
Testamenti factio an concessa censeatur, si est alienandi facultas concessa. resp.4.n.46.& n.51.
Testati causa præcedit causam intestati. resp.1.nu. 47.resp.4.n.39.
Testandi facultas omnibus est permissa, quibus speciatim interdicta non reperitur. resp.1.n.49.
Testari qui potest, is & fideicommittere potest. resp. 1.nu.50.
Testandi illud genus nemo eligit, per quod iudicia ipsius impugnarentur. resp.1.n.61.
Testator id voluisse censendus est, quod verbis expressit. resp.3.n.184.
Testari quiuis regulariter potest: sed non de bonis fideicommisso subiectis resp.4.n.59.
Titulus putatiuus sufficit ad effectum, vt quis bona fide possideat & præscribat. resp.4.n.12
in Trebellianicam imputantur ea duntaxat, quæ quis iudicio testatoris consequitur. resp.1.n.70.
in Trebellianicam imputantur fructus, & quot annis percipi debeant, antequam quartam absorbeant. resp.1.n.63.
Trebellianicæ detractio locum tantùm habet respectu primi fideicommissarii. resp.2.n.8
Turbare dicitur qui rem vnius alteri tradit. resp.3. num.70.

V.

Vasallus successoribus in feudo pręiudicare non potest. resp.1.n.50
Verba Sallen vnd Erben/ sunt verba communia, tā directum quam obliquum sensum habentia. resp.1.n.9.
omne Verbum significās testatoris legitimum sensum, legare vel fideicommittere volentis, vtile atque validum est. resp.1.n.64.
Verbum, restituere, est plenissimum. resp.3.n.6
Verba cuiuscunque dispositionis sunt intelligenda secundum subiectam materiam. resp.3.n.116. & secundum naturam actus cui sunt apposita. ib. num.117.
à Verborum proprietate non recedendū. resp.3.nu. 131.& nu.171.
Verba communia quænam sint, & quid operētur in testamentis. resp.3.nu.168.
Verba intelligenda potius sunt, vt actus valeat, quā vt pereat: & potius in significatione directa quā obliqua. resp.3.n.172.& 173.
Verba sequentia declarant præcedentia. resp.nu. 44 declaratur n.50.
Verbum Ritterſitz/ denotat castrum nobile, non feudum resp.5.nu.27.
Verbum, inuestire, belehnet/ duobus modis accipitur: generatim de concessione possessionis: & speciatim de concessione feudi. resp.5.nu.35.& 36.& hinc feudum de necessitate non importat, sed subiecta materia spectanda est. .n.38.& 38. ibid.
Verba in clausulis executiuis posita nihil disponūt. resp.5.nu.42.
Vox, nominatim, rem præsentem demonstrat non futuram. resp.5.n.113.
Vox, videlicet, est restrictiua atque declaratiua corū, quæ in dispositione speciatim recensentur. resp. 5.nu.114.
Verba, illa, dicta, prædicta, stant relatiuè & demonstratiuè ad præcedentia. resp.5.n.115.
Verbum, Darzu/ insuper, hoc amplius, diuersum quid à præcedentibus & nouum inducit.
Vidua ius retentionis habet in bonis mariti defuncti, donec ei de dote aliisque satis fit. resp.2.nu.34
Voluntas posterior derogat priori. resp.1.n.48.
Voluntates vltimæ sanctæ debent esse & inuiolabiles. resp.3.n.6.
Voluntas hominis ambulatoria est vsque ad vltimū vitæ spiritum. resp.3.n.129.
Voluntates vltimę fauorabiliores sunt quam cōtractus inter viuos. resp.3.n.133. resp.4.n.47.
de voluntate testantis si manifestè constat, interpretationem ne imperatoria quidem maiestas sibi vindicat. resp.3.n.148.
Voluntatem suam suffragio quis declaret an rebus ipsis & factis nihil interest. resp.4.n.54.

FINIS.

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Sprinzenstein, Johann Ernst von / Sprinzenstein, Johann Ernst <<von>>, /
Rechenberg, Melchior <<von>>,

Collegii Iurisconsultorum in Academia Ingolstadiensi consilia sive responsa, quae in causa successionis inter Dominum Joannem Ernestum Baronem de Sprinzenstein in Neuhaus ... et Dominum Melchiorem de Rechenberg ... controversa variis temporibus dedit ; ostenditur iis copioso et accurato stylo D. Baronem de Sprinzenstein tam in possessionis

Ingolstadii 1614

2 Ded. 109 n
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10323307-1
VD17 14:019165G